



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO
FACULTAD DE DERECHO

CONSIDERACIONES RESPECTO DE PRINCIPIOS Y TEORÍA DEL DERECHO

TESIS
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:
MAESTRO EN DERECHO

PRESENTA:
PIERO MATTEI-GENTILI PADELLETTI

TUTOR:
DR. PEDRO SALAZAR UGARTE
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

MÉXICO, D. F., JUNIO DE 2015



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Consideraciones respecto de principios y teoría del derecho

Índice.....	1
Capítulo 1. Teoría del derecho.....	9
1.1 La construcción del derecho a partir de principios.	
Una mirada a la Jurisprudencia romana.....	13
1.2 Teoría moderna y principios	
(la delimitación de la racionalidad deductiva).....	25
1.3 El debate Hart-Dworkin.....	36
1.4 Posturas resultantes.....	47
Capítulo 2. El derecho ante el paradigma del constitucionalismo.....	54
2.1 El camino del constitucionalismo a su estado actual.....	56
2.2 El papel de la democracia.....	64
2.3 El derecho como curso de la política.....	73
2.4 El concepto de derecho frente la constitución	
de los derechos y los principios.....	80
Capítulo 3. Interpretación y argumentación en el foro judicial.....	86
3.1 ¿Argumentación conforme al concepto garantista o principialista?.....	89
3.2 Análisis de la realidad y defensa del principialismo.....	93
3.3 El acento en la racionalidad.....	100
Conclusiones.....	105
Bibliografía.....	108
Legislación.....	119

Introducción.

Decir que en el derecho existen principios o que éste se construya a partir de principios no es en realidad una afirmación novedosa; bastaría a cualquier abogado recordar las máximas de los *principios generales del derecho* con base en los cuales, se supone, por lo general un sistema jurídico opera. *Prior in tempore, potior in iure, nulla poena sine legge, habeas corpus, nemo iudex sine actore*, etc., son axiomas sobre los cuales se enseñan las distintas ramas del derecho, al menos en Occidente. Si bien quienes hemos estudiado derecho sabemos que las leyes de cada lugar son distintas, se nos ha enseñado que, en general, el derecho y sus diversas ramas se siguen por estas máximas y que, por ejemplo, no importará si se está en un país u en otro lo más probable es que en la respectiva legislación se encuentren los preceptos que conforman los principios generales del derecho o, en su defecto, éstos funcionen como operador supletorio ante alguna posible laguna.

Los principios generales del derecho no son sino enunciados deónticos que sirven como axiomas en el funcionamiento y para la creación de un orden jurídico. Detrás de cada principio se encuentra un imperativo ético/moral que se busca sea observado en una sociedad. Más allá de la función conceptual, los principios en el derecho tienen un fuerte peso histórico y no es casualidad que existan y se encuentren, en su mayoría, dentro de los ordenamientos jurídicos occidentales. Estos principios no son sino la historia misma de la búsqueda de civilidad en Occidente, del perfeccionamiento de los sistemas jurídico-políticos; son máximas que se espera sean observadas con miras a un bienestar social y una correcta coordinación de su funcionamiento.

No obstante, los principios son de varios tipos, y su noción siempre ha tenido un papel de suma importancia en la vida del derecho en Occidente, la teoría jurídica moderna parecía haberlos obviado ampliamente o, por lo menos, haberlos minimizado respecto de la dimensión que ocupan dentro de los sistemas jurídicos. Afortunadamente el debate sobre la existencia y la función de los principios así como su dimensión en el derecho ha revivido en tiempos contemporáneos con múltiples consecuencias tanto en el campo teórico como en el práctico. En México; como en gran parte del mundo, el debate sobre la potencial moralidad del derecho y su posibilidad de autocorrección ha nacido y crecido primordialmente en torno al tema de los derechos humanos y los principios que los sustentan. Estos debates han sucedido en mayor medida de lo que a simple vista se podría apreciar; no han sido en lo absoluto dominio exclusivo de académicos, ni siquiera de filósofos, teóricos del derecho o constitucionalistas; sino que también se han encarnado en los propios operadores del derecho, desde el abogado postulante que apela por una interpretación más amplia de un “derecho” o “garantía” a favor de su defendido, como entre jueces, tanto ordinarios, como aquellos cuyas resoluciones más llaman la atención, los tribunales constitucionales o tribunales supremos. El resultado constantemente ha sido un llamado a la corrección del derecho desde el propio derecho, es decir, la autocorrección del sistema jurídico¹. Se cuestiona la razón de ser del derecho y su operatividad en función de sus destinatarios. En este mismo sentido, el enfoque de los teóricos se ha ampliado abarcando aspectos anteriormente poco desarrollados en los que dominaba una dogmática escueta en gran medida². Las contemporáneas labores teóricas han sido insistentes en “desvelar” varios de estos aspectos, desarrollando teorías sobre la

¹ Precisamente, es la pretensión de corrección en el derecho una de las nociones centrales de la teoría jurídica del afamado teórico Robert Alexy, quien ha observado cómo en la práctica existe una constante referencia axiomática a lograr el mejor resultado posible. *Cfr.* ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, trad. Jorge M. Seña, Gedisa, Buenos Aires, 2008. pp. 14 – 19.

² En este aspecto, me refiero específicamente a cierta influencia que pareciera la escuela de la exégesis francesa ha heredado sobre la dogmática dominante en los sistemas jurídicos no-anglosajones, así como otros aspectos de posturas positivistas dogmatizadas tales como el famosos *silogismo judicial* respecto del cual se señala que el juez en su labor no tiene que hacer más que una labor de deducción entre normas y el caso concreto en donde no existen aspectos a valorar o considerar sino aquellos hechos del caso que encuadran en los preceptos normativos.

interpretación y argumentación jurídica; poniendo el acento en la actividad judicial, la indeterminación del derecho ha sido una cuestión que genera amplio interés, de modo que se ha desarrollado una amplia labor sobre la ponderación judicial y la posibilidad de respuestas satisfactorias en términos jurídico-morales, e incluso llegando a la indagación de la posibilidad de *respuestas correctas*³ en los llamados “casos difíciles”.

Estos nuevos enfoques han exigido de una reestructuración paradigmática de la teoría para explicar al derecho y su funcionamiento. En amplios términos, y como fundamento crítico de la labor estatal, el constitucionalismo ha adquirido una nueva dimensión y con ello *nuevos* presupuestos sobre los cuales observar el derecho. En gran medida, estos presupuestos contemporáneos se encuentran enraizados en una visión política y, como tal, con fundamentos ético/morales necesarios para justificarse. A la apelación a estos componentes del sistema se le ha llamado “invocación de principios” y, ante los posibles conflictos normativos, “ponderación de principios”.

El aspecto, en cierta medida novedoso sobre esta labor, ha consistido en sostener tal “invocación” o “ponderación” desde el propio derecho, no como algo ajeno a él, es decir, que el sistema jurídico apelando a la dimensión político-moral sobre la cual se sustenta la justificación de un régimen, así como las razones de existencia del derecho respecto de sus destinatarios. Las raíces más profundas de esta dimensión político-moral en el derecho positivo (*positum*)⁴ se han podido encontrar primordialmente en el texto jurídico-político por excelencia, la constitución, respecto de la cual, su parte dogmática es toral; especialmente en lo respectivo a los derechos⁵.

³ Cfr. DWORKIN, Ronald, “¿Realmente no hay respuestas correctas en los casos difíciles?”, trad. de Maribel Narváez Mora, en CASANOVAS, Pompeu y MORESO, José Juan (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 2000, pp. 475 – 512.

⁴ Entendiendo no la postura teórica, sino el derecho existente y vigente.

⁵ Digo “derechos” en amplios términos para no adentrarme en las distinciones conceptuales entre garantías individuales, derechos del ciudadano, derechos fundamentales o derechos humanos. En general, busco referirme a las prerrogativas inherentes a la persona humana.

Esta nueva perspectiva es acorde a la proposición de Ronald Dworkin sobre hacer de la filosofía jurídica algo “interesante”, aceptando las dimensiones valorativas de los conceptos jurídicos para explicarlos y formularlos de modo que sean útiles y atractivos para los operadores jurídicos, jueces y abogados en la resolución de los *problemas que ya están en el derecho*, y no sólo para los teóricos que discutan entre sí sobre la adecuada conceptualización del término “derecho”⁶. Esto pareciera una respuesta oportuna por parte de un jurista al lamento realizada por Judith Shklar en 1964 que, como teórica política, criticaba la hermética postura de los estudios de filosofía jurídica realizados por los abogados, cuyos resultados no parecían decir nada relevante para estudiosos de otras ciencias sociales que no obstante encontraban interés en el derecho⁷. Mi visión es, que justamente esta perspectiva ha permitido redimensionar la labor no sólo de la teoría, sino en general, de la academia jurídica, acorde a Niklas Luhmann, rechazando ampliamente la simplicidad de la teoría-dogmática que obviaba aspectos importantes y, en cambio, aceptando la complejidad del mundo de lo jurídico y su relación con otros talantes de la vida social⁸ de suma importancia para el foro público y, por ende, para el derecho. Los estudios *inter*, *trans* y *multidisciplinarios* han despuntado ampliamente a partir de esta redimensión del derecho, y no es casualidad⁹. Por ejemplo, hoy, quien quiera sostener la

⁶ La perspectiva de que la filosofía jurídica debe ocuparse de los mismos problemas que se encuentran en el derecho es abordada por Dworkin desde sus primeros escritos haciendo explícita su postura sobre la necesidad que se tiene de explorar cómo o bajo qué criterios se resuelven los problemas jurídicos –particularmente por los jueces– y no simplemente haciendo un recuento o narración de las prácticas que conforman lo que llamamos “derecho”. Cfr. DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, HUP, Cambridge, 1978, pp. 4 – 8, 81 – 82; *Ídem*, *La justicia con toga*, trad. de María Iglesias Vila e Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 203 – 204 y VEGA, Juan, “La postura metodológica de Dworkin: Lo «interesante» de la crítica” en VÁZQUEZ, Rodolfo (ed.), *Normas, razones y derechos*, Trotta, Madrid, 2011, pp. 101 – 104.

⁷ SHKLAR, Judith N., *Legalism*, Harvard University Press, Cambridge, 1964. pp. VII – VIII.

⁸ LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad*, trad. de Javier Torres Nafarrate, Universidad Iberoamericana, México, 2002. pp. 63 – 65.

⁹ Es importante destacar, que en la implementación de la *interdisciplinarietà* en las ciencias sociales un factor determinante ha sido la consolidación de la sociología en el siglo XX, y que además, amplió el panorama de los estudios jurídicos particularmente a partir de mediados del siglo pasado. (Cfr. PÉREZ PERDOMO, Rogelio, “Sociología del derecho” en GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco J. (eds.), *El derecho y la justicia*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2000, pp. 29 – 32.). Del mismo modo, la *trans* y *multidisciplinarietà* han sido fomentadas por las mismas exigencias

posibilidad fáctica de la materialización de los derechos humanos o fundamentales –particularmente los sociales y económicos– necesariamente deberá observar las condiciones económicas que esto demanda. Quien quiera hablar de derechos culturales o de multiculturalidad, debe observar a la sociedad no sólo como un destinatario jurídico, sino como un factor a tener en cuenta, un objeto de estudio en sí¹⁰. Para los juristas, hablar de democracia ha empezado a significar adentrarse con mayor profundidad en los bastiones de la contemporánea ciencia política, teniendo en cuenta los aspectos morales que esto implica, sus posibilidades y sus limitantes.

La fundamentación última de todas estas *nuevas posibilidades* en el derecho se ha basado en una postura axiomática, sosteniendo la existencia de principios para crear y actuar en el sistema jurídico; es decir, al sistema jurídico como aparato más que como estructura, una herramienta y no sólo una limitante. De tal manera, lo que buscaré con este trabajo es ahondar sobre qué significa que el derecho tenga principios, cómo se han construido e incluso, cómo se siguen construyendo los principios en y para el derecho, la postura epistemológica que se requiere de lo jurídico y las dimensiones del razonamiento que esto demanda. Con ello en cuenta, profundizaré para esclarecer cómo esta *nueva* apelación a principios ha constituido la exigencia de esclarecer la distintas dimensiones del razonamiento jurídico que han permeado en dos aspectos fundamentales del derecho; tanto de su teoría como de su práctica, éstos son el constitucionalismo y la actividad judicial respecto de la argumentación.

Así, en el primer capítulo, desarrollaré la relevancia conceptual que ha tenido en la teoría del derecho el observar la existencia de principios dentro de los sistemas jurídicos. Parto de un análisis de la *Jurisprudencia* romana, y destacando

de aspectos concurrentes en las ciencias sociales como en términos generales hoy lo constituye el campo de estudio de los derechos humanos (Un ejemplo de esto es la obra *Cfr. ESTÉVEZ, Adriana y VÁZQUEZ, Daniel (coords.), Los derechos humanos en las ciencias sociales*, FLACSO-UNAM/CISAN, México, 2010.)

¹⁰ De nuevo, un aspecto en el que la sociología propuso un giro en los estudios jurídicos. *Cfr. BANAKAR, Reza, "Sociological jurisprudence" en BANAKAR, Reza y TRAVERS, Max (eds.), An introduction to law and social theory*, Hart Publishing, Portland, 2002, pp. 33 – 36.

sus aspectos más relevantes respecto del tema, considerando que ya en el método de los jurisconsultos de finales de la República se podía encontrar una forma de raciocinio bastante elaborado que discurre por la valoración de cuestiones teleológicas de carácter político-moral bastante similar –sino análoga– al razonamiento práctico propio que ocupa a los principios como axiomas. Posteriormente, desarrollo un apartado dedicado a observar los talantes más relevantes de la teoría moderna respecto del tema en cuestión, discurrendo sobre su evolución para señalar tanto los aspectos en que la teoría jurídica consideró a los principios dentro del derecho como, y posiblemente más importante, el momento en que dominó una la corriente teórica que negó tal posibilidad y las razones de ello. En el siguiente apartado busco centrarme en un punto de inflexión de la teoría contemporánea, o al menos el que destacó y puso en debate la relevancia de los principios en el derecho, tanto para quienes los aceptan como para quienes los niegan en su dimensión moral; me refiero al afamado debate Hart-Dworkin. En éste, deseo encontrar los razonamientos más relevantes y cómo es que uno y otro planteamiento encuentran aspectos relevantes a considerar en la conceptualización del derecho. El último aspecto a desarrollar dentro de este primer capítulo trata de las posturas resultantes a partir del debate anterior, no sólo respecto de las líneas anglosajonas sino, incluso, de la teoría jurídica general de Occidente así como para la práctica misma del derecho.

El segundo capítulo centra su atención en el documento por antonomasia que conglera la complejidad de exigencias político-morales por el que un sistema jurídico ha de desenvolverse, la constitución. Aquí se realizará un análisis del camino seguido al nuevo paradigma constitucional y se planteará lo que significa éste como punto toral del sistema jurídico. Posteriormente, se esbozará un panorama de los aspectos relevantes que presenta el constitucionalismo contemporáneo, concluyendo por señalar cómo éste ha contribuido para el cambio del concepto mismo de derecho y su subsecuente teoría. En tal tesitura, la obra continúa para analizar la relevancia de la democracia como punto toral de relación contemporánea para sendos ámbitos y, así, la manera en que ésta plantea

exigencias para que el derecho funja como senda ideal de lo político o, de las pretensiones políticas democráticas.

Al observar que la cuestión de los principios refiere inminentemente al plano político-moral en que se desenvuelve lo jurídico, en el mismo capítulo trata de observar lo relativo a la dimensión política del derecho y la relevancia que juegan los principios en ésta. De este modo, se comienza realizando un análisis de lo que significa una conceptualización apolítica del derecho y los vicios en que ésta concurre. Posteriormente se plantea la cuestión de la inminente relación del derecho con la política, donde en la dogmáticamente se ha planteado que el primero actúa como límite del segundo; en este apartado se busca señalar que posiblemente dicha relación es más compleja y que incluso sendos ámbitos presentan límites mutuos así como puntos en los que uno potencia al otro para alcanzar determinados fines.

El capítulo final de esta obra centra su atención sobre el ámbito en el que adquieren relevancia práctica los principios, me refiero al recinto judicial respecto de la interpretación y la argumentación mediante las cuales se obtienen las resoluciones. Así, ante un caso real, se plantean los aspectos relevantes de la teoría de la interpretación y argumentación jurídica que han de tomarse en cuenta conforme el concepto de derecho que asume a los principios como inherentes a sí mismo, sucesivamente se plantará una distinción analítica, sutil pero relevante, referente a los aspectos primordiales para identificar una adecuada argumentación conforme a principios y derechos, y la relación entre sendos para obtener el resultado más adecuado. El último aspecto del cuarto capítulo refiere la racionalidad, o a aspectos de racionalidad que presenta el modelo del derecho principialista o, al menos, sus aspectos más relevantes.

Capítulo 1. Teoría del derecho.

La necesidad de definir y explicar al derecho, o mejor dicho, el ámbito de lo jurídico, ha sido una constante desde tiempos remotos. Conocer las reglas, su origen, operatividad, a qué refieren, cómo o conforme a qué resolver disputas en el ámbito público, y las consecuencias de esto, son todos caminos comunes recorridos históricamente, época tras época y civilización tras civilización, para conocer qué es el derecho y cómo opera. La inquietud no es menor, se trata de un aspecto fundamental tanto para la estabilidad y orden de las sociedades como, y seguramente más importante aún, para la vida de sus habitantes, los individuos, quienes esperan poder realizar una *vida*.

En este caso nos referimos a un concepto de vida distinto al meramente biológico¹¹, con expectativas y fines, la vida humana. Indubitablemente la noción de *vida humana* es variable y debatible en distintos términos, dependiendo de la época, el lugar y los sujetos, se puede señalar un concepto o percepción distinta de ésta. No obstante el concepto de vida, lo cierto es que se establecen reglas sociales para ésta, para desarrollar la propia existencia en el inevitable contexto humano de la colectividad¹². Es en este sentido que interesan las normas jurídicas, puesto que éstas se encuentran ligadas a las posibilidades de actuación,

¹¹ Una distinción análoga a la que busco realizar era ya efectuada por los antiguos griegos quienes sostenían dos concepciones distintas, βίος (*bíos*) y ζωή (*zoé*), donde la primera se utilizaba respecto de cualquier forma de vida, mientras que la segunda designa una vida más compleja, espiritual si se quiere. [Cfr. AGAMBEN, Giorgio, *Medios sin fin*, trad. de Antonio Gimeno Cuspinera, Pre-Textos, Valencia, 2010. pp. 13 -14].

¹² Cfr. NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2007, pp. 4 – 6.

tanto en el ámbito privado, en nuestras relaciones inmediatas con otros, como en el público donde se desenvuelve la vida colectiva y nuestras expectativas son confrontadas día a día para realizarnos como personas. Probablemente sin gran polémica se podría afirmar que lo anterior es, a grandes rasgos, la razón de ser de los sistemas jurídicos; existen para coordinar la vida social y, en este sentido, establecen normas mediante las cuales se crean derechos y obligaciones que determinen los ámbitos de acción de los individuos. Sin embargo, la cuestión de la definición sigue presentando problemas ulteriores que impiden su total satisfacción, por ejemplo, en otros tiempos de la historia de la humanidad las expectativas de unos individuos y su ámbito de acción se habrían visto privilegiadas en detrimento de las de otros buscando mantener una estructura social rígida, v.g. las sociedades esclavistas; no obstante, hoy –en lo que ha sido un largo camino– también se suele añadir –de manera burda– a la definición contemporánea del “derecho” el que éste existe de modo que las expectativas de *todos* se encuentren protegidas, buscando prevenir y sancionar los abusos que unos podrían sufrir por parte de otros y, no obstante, tal enunciación con un fuerte fundamento de racionalidad puede ser rebatida tanto por no ser una característica esencial o necesaria del “derecho” el que éste se encuentre a disposición de todos pues no siempre ha sido de este modo a lo largo de la historia, así como por quien asuma una postura crítica por confrontar el hecho de que aún en la realidad actual es difícil observar que verdaderamente el derecho presente ventajas equitativas en cualquier civilización¹³.

¹³ Paradojas como la expuesta aquí son las que constantemente se han sumado al problema existente en la aproximación a un concepto del derecho. Otra más famosa es la expuesta en la notable distinción que Hart realiza entre el derecho y las órdenes de una grupo de bandidos para rebatir el concepto de John Austin que acentuaba el uso de la fuerza como distintivo; a lo cual Hart propone un giro que se encuentra en la aceptación de los destinatarios asumiendo el punto de vista interno. Cfr. HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, 3ª ed., trad. de Genaro R. Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pp. 23 – 32. [Para un recuento de las diferentes dificultades históricas en la aproximación a un concepto del derecho, véase PRIETO SANCHÍS, Luis, *Apuntes de teoría del derecho*, Trotta, Madrid, 2005, pp. 13 – 26].

De tal modo, a la teoría jurídica corresponde la labor de dar cuenta del concepto del “derecho”, responder a la pregunta *¿qué es?*¹⁴ y, consecuentemente, abordar una explicación de los fenómenos que formen parte del ámbito de “lo jurídico” como parte de su campo de estudio en la búsqueda de una definición que sea útil para los juristas¹⁵. En este sentido, la tarea estipulada es compleja, sus resultados siempre dejan un espacio al debate, y la cuestión se complica dependiendo del tipo de teoría del que se trate, tanto en la variedad de sus formas como del propósito que cada una persiga; y a todo lo anterior se añade una dificultad adicional, pues los autores no siempre son claros respecto de las cuestiones metodológicas en cuanto a la naturaleza de las afirmaciones que proporcionan. No obstante, como orientación, Brian Bix señala que las teorías en general se pueden clasificar en tres amplias categorías: las descriptivas, que buscan determinar cuál es el caso y haciendo énfasis en las prácticas y sus concepciones; las analíticas o conceptuales, que indagan y hacen proposiciones sobre la naturaleza intrínseca o necesaria de las prácticas e instituciones; y las prescriptivas o normativas, cuyo acento se puntualiza el deber ser de las prácticas, es decir, cómo deben funcionar o qué criterios han de obedecer¹⁶. Aunque, como es de suponer, es difícil encontrar teorías “puras” respecto de la anterior clasificación, siendo más bien “predominantemente”: descriptivas, analíticas o normativas, pero pudiendo involucrar elementos de otro tipo que complementen el modelo teórico de acuerdo a sus necesidades y expectativas, esto es, dando algún giro.

¹⁴ BIX, Brian H., *Teoría del derecho: ambición y límites*, trad. de Pablo E. Navarro, Erica Frontini, Laura Manrique, Hernán Bouvier, Paula Gaido, Rodrigo Sánchez Brígido, Guillermo Lariguet y Hugo Seleme, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 13.

¹⁵ Aunque existe un debate entre los filósofos del derecho sobre si la teoría debe decir o ser algo útil para los juristas en vez de simplemente comprender postulados ‘verdaderos’, considero resulta de gran importancia destacar que tanto Joseph Raz como Ronald Dworkin –dos posturas completamente opuestas y dos de los más destacados iusfilósofos contemporáneos– asumen como cierto el que al hablar o elaborar teorías jurídicas se debe proponer algo útil o relevante y evitar hablar y mantenerse en el ámbito de las cuestiones redundantes por el simple hecho de que constituyen postulados verdaderos. Cfr. RAZ, Joseph, “Two views of the nature of the theory of law: a partial comparison” en COLEMAN, Jules, *Hart’s postscript*, OUP, Oxford, 2005, pp. 8 – 11; *Idem*, *La ética en el ámbito público*, trad. de María Luz Melon, Gedisa, Barcelona, 2001, pp. 225 – 226; DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, *Op. cit.*, pp. 203 – 204.

¹⁶ BIX, Brian H., *Op. cit.*, pp. 17 – 18.

En el mismo tenor, como se puede observar, toda tarea teórica requiere en cierta medida de alguna dimensión descriptiva y, entre la labor descriptiva y la analítica hay una línea muy sutil de distinción, la segunda buscando profundizar más en la naturaleza del objeto y su elementos necesarios. Y siguiendo la idea de la interconexión, es de considerarse que cualquier intento serio de construir una teoría normativa racional deba pasar necesariamente por las dos dimensiones anteriores, particularmente la analítica, a partir de la cual, una vez determinada la naturaleza específica de un objeto se pueda establecer en qué sentido o para qué sirve en relación con los otros elementos que componen el campo de estudio. Es a partir del razonamiento anterior que sostengo como una premisa de este capítulo –y que se seguirá a lo largo de este trabajo– que más que categorías independientes y tipos, se hable de niveles de racionalidad o lógica teórica; entre las cuales, cada una se desarrolla con diferentes premisas y estructuras que sin embargo pareciera que pueden presentarse en uno u otro nivel, y sobre ello buscaré indagar y defender con mayor profundidad más adelante.

Entonces, de acuerdo al planteamiento epistemológico que se asuma, el teórico puede decidir aceptar algunos aspectos como imprescindibles para la estructura del modelo y otros como contingentes; lo mismo sucede para con los objetivos que se proponga, unos como realizables y comprobables, mientras que otros puede considerar superan la posibilidad de una racionalidad teórica y, por ende, excluirlos del propósito de la teoría. El esbozo epistemológico –que es un *a priori*– es fundamental en el primer paso a tomar para crear la teoría en forma, puesto que a partir de éste se determinan el material de trabajo así como la subsecuente estructura del modelo. Planteado lo anterior, una teoría puede ser más o menos ambiciosa considerando los postulados bajo los cuales sea creada, lo que determine sobre las posibilidades que le plantea el objeto de estudio y, en este sentido, útil o funcional de acuerdo a lo que se espere. Por ejemplo, una postura epistemológica puede plantear sobre su objeto de estudio la imposibilidad de que a partir de éste se niegue cualquier imposibilidad de determinar un *deber ser* dadas las dificultades que presenta el material para dar una explicación de tal tipo para que sea susceptible de parámetros de objetividad o que no incurra en

percepciones metafísicas, es decir, se negaría cualquier aspecto normativo. Subsecuentemente, la postura epistemológica asumida, de acuerdo a lo que considere como objetivo, se mantendrá en posición más descriptiva o profundizará en el aspecto analítico en búsqueda de mayor precisión para comprender el fenómeno.

Ésta es gran parte de la labor que toca al teórico, no sólo señalar de qué se compone el mundo jurídico, sino el razonamiento o “lógica” que subyace a éste a partir de los fenómenos dados, para discernir qué si y qué no pertenece al campo de lo jurídico, y cómo se interrelaciona todo en una estructura funcional. Es posiblemente este segundo aspecto el que más polémica ha desatado a lo largo de la historia de esta labor; pues no necesariamente siempre aparecen los métodos de razonamiento explicitados para llegar a una respuesta, mucho menos a una adecuada.

1.1 La construcción del derecho a partir de principios. Una mirada a la Jurisprudencia romana.

Al volver la mirada sobre los problemas conceptuales y teóricos respecto de los cuales se desea disertar, me parece adecuado siempre buscar el punto de origen más común. En el caso de la ciencia del derecho y el razonamiento jurídico éste, considero, no podría ser otro sino la antigua Roma, puesto que, como lo señala Rudlof von Ihering: “[n]uestro pensamiento jurídico, nuestro método y nuestra forma de intuición, toda nuestra educación jurídica, en una palabra, son romanos”¹⁷, recordando también Mario Bretone que la ciencia jurídica en Europa – o al menos en la Europa continental– se ha venido construyendo como exégesis

¹⁷ JHERING, Rudolf von, *El espíritu del derecho romano*, Vol. 1., trad. de Enrique Príncipe y Satorres OUP, México, 2001, p. 10.

del gran “libro” que es el *Corpus iuris civilis*¹⁸ mandado a elaborar por Justiniano, y recopilado por Triboniano.

Sin embargo, aunque la enseñanza del Derecho Romano es un eslabón común y tradicional en los planes de estudios de varias facultades de derecho, no es frecuente encontrar trabajos profundos sobre la práctica razonamiento jurídico llevado a cabo en éste. Usualmente lo que se presenta en esta materia son cuestiones históricas en un primer momento, seguido por la enseñanza dogmática de las figuras e instituciones romanas de las cuales se desprenden la mayoría de las estructuras del derecho civil contemporáneo, dejando de lado, en gran medida, lo que significaba en realidad el derecho romano, su sustancia de mayor valía, esto es, la *Jurisprudentia* o, propiamente, la ciencia del derecho romano, que no consistía meramente en la creación de instituciones y fórmulas que se plasmaron en códigos, sino en una forma estructurada y desarrollada de razonamiento práctico para resolver los conflictos jurídicos. De este modo, no resulta del todo extraño que en los estudios contemporáneos de filosofía y teoría jurídica sea inusual encontrar desarrollos y análisis que ahonden en el tiempo hasta la jurisprudencia romana.

Aunque no siempre se ignoró al Derecho Romano, y es menester recordar que durante el siglo XIX, en Alemania, el movimiento de la *Escuela Histórica del Derecho*, liderada por Friedrich Carl von Savigny, centraría sus esfuerzos en analizar los textos romanos considerando que el estudio y análisis de éstos podría ser de suma utilidad para la construcción de un aparato terminológico que pudiese dar sustento a una ciencia jurídica propiamente alemana, con lo cual se oponían al movimiento codificador de inicios del siglo, temiendo que tal petrificación del derecho –un libro que contuviese previstos todos los casos y todas las respuestas– estancaría los progresos de esa ciencia¹⁹ limitando el razonamiento.

¹⁸ BRETONE, Mario, *Diritto romano es coscienza moderna*. Colección Premio Ursicino Álvarez 2, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 53.

¹⁹ FLORIS MARGADANT, Guillermo, *La segunda vida del derecho romano*, Miguel Ángel Porrúa, México, 1986, pp. 326 – 327.

Susodicha *Escuela* a la muerte de Savigny seguiría distintos rumbos, siendo los más destacados el de Rudolf von Jhering²⁰ y el de la *Pandectística*²¹. El segundo, liderado por Georg F. Puchta, es el que mayor incidencia tuvo en la realidad de la época; reformulando lo señalado por Savigny, esta corriente se deshizo del postulado historicista para buscar adaptar los textos romanos a una dogmática que correspondiese a la realidad alemana, de modo que erradicaron la curiosidad histórica para poder interpretar el *Corpus Iuris Civilis* como un conjunto armonizado de elementos, consideraban que sólo así se podría ofrecer a la práctica jurídica un conjunto de conceptos provenientes del derecho romano que ofrecieran coherencia, que pudiera contribuir a la seguridad jurídica, a la previsibilidad de opiniones jurídicas²². De tal manera, la *Pandectística* generó una dogmática de conceptos para el derecho alemán mediante la exégesis no histórica de los textos romanos forzándolos a entrar en una estructura ajena al derecho justiniano, buscando así un sistema atemporal, un *ratio scripta* que daría lugar a algo a lo que Savigny fuertemente se hubiera opuesto, el *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil Alemán) promulgado en 1900²³.

De este modo, considerando su relevancia y aunque no constituya un estudio profundo de la obra romana –lo que ameritaría una labor *per se*– me parece importante destacar algunos aspectos del pensamiento y desarrollo de la ciencia del Derecho Romano que me parece han sido opacados por otros semblantes, como el anteriormente mencionado, y que además puedan dar una pista sobre la cuestión de los principios en el derecho y el papel que éstos fungen tanto en su aparato conceptual como en su *praxis*.

²⁰ Aunque formó parte de la *Escuela Histórica*, el desarrollo y cambio en el pensamiento iusfilosófico de Rudolf von Jhering es difícil de clasificar, pasando por la jurisprudencia de conceptos y posteriormente por la de intereses. No obstante, el jurista bajosaón nunca perdió su vena romanista y la riqueza de su obra cobra interés aún en la actualidad.

²¹ *Ídem*. p. 330 y 331.

²² *Ídem*. p. 335.

²³ *Ídem*, pp. 334 - 338.

Posiblemente el punto del que es apropiado partir es del *trasfondo* intelectual que guio a los romanos hacia la creación de una ciencia jurídica, los antiguos griegos. Es frecuente encontrar que el esplendor de la jurisprudencia romana se alcanza a finales de la República, a mediados del siglo II a. C., a partir de una fuerte acentuación de la moda helénica, y continuando su desarrollo a lo largo del *período clásico*²⁴, tomando los postulados de la ciencia griega expuesta en a *Analytica posteriora* de Aristóteles para desarrollar una propia del derecho²⁵, cuestión que causa gran asombro e inquietud, el que una cultura tan desarrollada que sienta las bases científicas de varias materias y con una cultura jurídica tan arraigada como lo era la ateniense, no haya desarrollado una ciencia del derecho propia. La inquietud es tal que al propio jurista George Calhoun genera una suerte de indignación el negar que haya existido tal²⁶; y aunque me parece aventurado afirmar que efectivamente debe o debió existir una ciencia del derecho griego, no lo parece tanto el decir que si bien hoy no se encuentran estudios conceptuales y sistematizados sobre el derecho de la antigua Grecia, esto no significa que los áticos no hayan abordado los problemas y las cuestiones jurídicas con el rigor del razonamiento científico que ellos mismos desarrollaron.

Considero que si es posible afirmar que los griegos nunca realizaron una ciencia autónoma del derecho ello es debido a su peculiar visión sobre éste; siempre discutido y resuelto en el *ágora*²⁷, lo jurídico no podía ser sino un importante aspecto de la política, ciencia de los cuales son considerados fundadores en Occidente, no obstante, esto no los privó de tratarlo conforme a los

²⁴ Cfr. SCHIAVONE, Aldo, *Ius*, trad. de Germán Prósperi, Adriana Hidalgo editora, Buenos Aires, 2009. pp. 47 – 49 y RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Una filosofía del derecho en modelos históricos*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2009. pp. 58 – 60.

²⁵ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica*, 2ª ed., IIJ-UNAM, México, 2013. pp. 98 – 99.

²⁶ Cfr. CALHOUN, George M., “Greek Law and Modern Jurisprudence”, *California Law Review*, N° 5, vol. 11, 1923. pp. 296 - 297.

²⁷ Rolando Tamayo, citando a George M. Calhoun, señala que es en el *ágora* donde se da la génesis (en sentido amplio) de lo que podría llamarse la “ciencia jurídica”. Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho*, Fontamara, México, 2011. p. 202.

parámetros de racionalidad que habían establecido para el conocimiento del mundo en su afán de conocer la *verdad*, estableciendo formas racionales de prueba y demostración en sus procesos jurídicos. Como señala Michel Foucault, son los griegos los primeros en elaborar un proceso para determinar “cómo producir la verdad, en qué condiciones, qué formas han de observarse y qué reglas han de aplicarse”²⁸. Es decir, establecieron al derecho como el derecho de oponer la verdad al poder.²⁹

Para profundizar en la fuerza de la racionalidad griega, hay que enfatizar la excelencia con la que los atenienses atendieron con inmenso suceso las cuestiones del mundo social –a diferencia de los pueblos coetáneos– y hacer mención del efecto que causó la semilla racionalista sembrada por Tales de Mileto al demostrar que no todo lo que sucedía en el mundo era por efecto divino para erradicar el caos que significaba explicar todo a partir de designios mágicos a instaurar el cosmos que significa explicar el mundo a partir de razones declarativas que explican la causa de los sucesos que contemplamos³⁰. Mientras que este suceso inicialmente impactó a los fenómenos de las denominadas ciencias naturales, esta forma de comprensión del mundo no tardaría en llegar a los fenómenos sociales para buscar comprender y explicar la existencia de hechos que divergían de ciudad en ciudad y que no obstante ya no se podían explicar por vía de las empresas del Olimpo, particularmente en una ciudad que sentía gran compromiso con la vida pública y el bien común, es decir, con las cuestiones de la πολιτεία (*politeía*)³¹.

En esta tesitura, siguiendo la vena analítica que particularizó su razonamiento, se podría decir que fueron también los griegos los primeros en distinguir los ámbitos de lo jurídico, aunque sin parecer éste ser su objetivo

²⁸ FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, trad. Enrique Lynch, Gedisa, Buenos Aires, 2013, p. 66 – 67.

²⁹ *Ídem*.

³⁰ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, *Razonamiento y argumentación jurídica*, *Op. cit.*, pp. 23 – 30.

³¹ CAPELLA, Juan Ramón, *Fruta prohibida*, Trotta, Madrid, 2008, pp. 79 – 82.

primordial, lo cual se puede considerar comprensible dada la falta de una clase de personas especializadas en las el conocimiento, desarrollo y aplicación de las cuestiones jurídicas. No obstante, sí desarrollaron una gran ansía por el conocimiento y la dilucidación de las cuestiones de la justicia, anhelo que inevitablemente desencadenaría en el temprano impulso de la ciencia política en la que se desenvuelven las dimensiones de lo jurídico y lo justo, y como se puede observar en *La República* de Platón donde a partir de un diálogo de discernimiento sobre qué es la justicia entre Sócrates y sus discípulos con el sofista Trasímaco se desarrollan las primeras bases por las que discurrirá la ciencia política occidental³². Y es que, a partir del discurrimiento sobre lo justo, se emprende, sin ser el objetivo primordial, una travesía que iría determinando los ámbitos de las disputas públicas para alcanzar la respuesta más cercana a la *verdad* de lo que es adecuado al caso, determinando si ha habido un atropello, la relevancia de éste, la culpa, y la conmutatividad a determinar de la pena con el fin de volver a equilibrar la distribución de los bienes en la sociedad³³ para mantener la estabilidad de la πολιτεία. Para ello existen las leyes, y por lo mismo no resulta extraño el elogio que Aristóteles presta a éstas, exhortando su fiel observancia y exaltando la labor judicial de su aplicación manteniendo una justicia convencional³⁴, sin embargo, siendo consciente del recurrente problema que conlleva el que sean presentadas en un lenguaje ampliamente abstracto y que los casos presentes puedan ser sumamente peculiares, generando inequidad si se ignora su naturaleza, el estagirita advirtió:

La razón es que la ley es toda general, y en algunos casos no es posible hablar correctamente en general. [...] pues el error no reside en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa: tal es la materia de la conducta.

³² Cfr. PLATÓN, *República*, I.

³³ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, V, 1129a–1131a.

³⁴ RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Op. cit.*, pp. 37 – 38.

Por consiguiente, cuando la ley habla en términos generales, y ocurre en relación con ella algo contrario a la generalidad, entonces es correcto – allí donde el legislador resulta incompleto o yerra por hablar en general– rectificar lo que falta y lo que el propio legislador diría de esta manera [...].

Porque de lo indefinido la regla es también indefinida.³⁵

En ese tenor, el recurso adecuado al que el juez debe recurrir es al razonamiento práctico producto de la prudencia, la φρόνησις (*frónesis*), que asiste en deliberar acertadamente con un cierto fin³⁶. Así, la peculiar historia ateniense del imperio de la racionalidad, hasta donde los estudios historiográficos nos han ilustrado, parece nunca conoció algo como un sistema jurídico –propiamente hablando– o cánones estructurados conforme a una razón específica que pudiera ser denominada ciencia del derecho, pero tampoco dejaron el tema en el otro extremo, desprovisto de observaciones racionales y parámetros a partir de los que se pudiera entender la naturaleza de su materia. Al contrario, dejaron buenos cimientos para construir tanto sistemas jurídicos estructurados y funcionales, así como parámetros de racionalidad para la edificación de una ciencia que observara las condiciones de racionalidad de lo jurídico.

La irrupción de la razón llegó para imperar el mundo, y en este sentido – como apunta Gustavo Zagrebelsky– comprendieron la dimensión de la νόμος βασιλεύς (*nómos basiléus*), no sólo como la fuerza fundadora del orden político, sino como creadora de una perspectiva de la justicia (desde un punto de vista interno o local) que proporciona los criterios de bueno y malo. No se trata fuerza bruta, es fuerza jurídica que contiene al derecho, y se justifica no tanto por su justicia u origen, sino por su resultado fundacional³⁷; es decir, como criterio primigenio de la πολιτεία. Igualmente, a lo largo de procesos conflictivos

³⁵ ARISTÓTELES, *Op. cit.*, V, 1137b.

³⁶ *Ídem*, VI, 1140a – 1140b.

³⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo, *La ley y su justicia*, trad. de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2014. pp. 41 – 42.

complejos, comprendieron que, para evitar la στάσις (*stásis*)³⁸ política, las νόμοι (*nomoi*) no debían ser comprendidas como producto de la fuerza, sino como la moderación de la fuerza³⁹; y en este tenor, asumiendo los dos aspectos que conviven en una misma realidad –tanto la fuerza soberana que constituye la ley, como la identidad espiritual de un pueblo que descansa en su derecho– superar el *impasse* mediante la moderación que se ejerce con la φρόνησις, con la sabiduría práctica⁴⁰. Bajo este modelo –como señalaría Werner Jaeger– el mundo griego trazó límites y caminos, incluso en los asuntos más íntimos de la vida privada y la conducta moral de sus ciudadanos⁴¹.

Es así que pasamos al esplendido mundo que para todo jurista representa el Derecho Romano y su *Jurisprudentia*. Un mundo fuertemente influenciado por el estoicismo y su noción de justicia, heredando a Roma una noción muy específica del *ius*, que como señala Antonio Truyol y Serra, consiste en:

La aceptación de un derecho fundado en la común naturaleza racional de los hombres, en la *humanitas*, [que] dio lugar al perfeccionamiento progresivo del derecho positivo. [A partir del cual] Se disponía de un criterio valorativo que, o introducía innovaciones en la legislación, o en todo caso humanizaría su aplicación, gracias a una interpretación amplia en el sentido de los cánones de la justicia natural⁴².

³⁸ Como señala Maurizio Fioravanti, la στάσις “indica una condición dentro de la cual el conflicto social y político, animado por un creciente espíritu de facción [...] tiende a asumir caracteres radicales, que hacen imposible su solución dentro de las estructuras políticas existentes y conocidas.” FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución*, trad. de Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2011. p. 16.

³⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo, *Op. cit.*, pp. 47 – 48.

⁴⁰ Haciendo justicia a su maravillosa exposición, es menester señalar que el jurista piamontés ilustra la tensión entre la fuerza soberana y el espíritu del pueblo en el derecho mediante la alegoría que representan los personajes de Creonte y Antígona en la famosa tragedia de Sófocles. *Ibidem*, pp. 60 – 61.

⁴¹ JAEGER, Werner W., *Paideia*, 2ª ed., trad. de Joaquín Xirau y Wenceslao Roces, FCE, México, 2007. p. 112.

⁴² TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del estado*, vol. 1, 15ª ed., Alianza, Madrid, 2010. p. 197.

Es así que los romanos, a pesar de ser considerados los fundadores de la ciencia del derecho, jamás hubieran alcanzado semejante proeza de no ser por la indudable herencia que recibieron de sus antecesores helénicos. Su influencia se recalca con fuerza desde que los *decemviri* diseñaron un cuerpo de leyes, las XII Tablas, siguiendo el ejemplo de las famosas leyes ateniense del rey Solón. Y es justamente en este momento en que el derecho cambiaría en Roma para asomar sus métodos a los de la cultura griega, pues al ser promulgadas en un texto cambiaría el concepto del *ius*, al ser la *lex* que declaraba pública y autoritativamente lo que el éste era⁴³.

Durante los períodos clásico y republicano, a diferencia de sus antecesores helénicos, los romanos aborrecieron la proliferación de leyes estatales cuya creación usualmente sólo se consideraba cuando eran absolutamente necesarias para regular aspectos administrativos o cuando consideraba eliminar un mal radical o en los remotos casos en que una ley civil ya no pareciera compatible con un sentido de justicia⁴⁴. Asimismo, rechazaron cualquier indicio de algo similar a una codificación o sistematización de los estatutos jurídicos bajo un razonamiento –como ya hemos visto, posteriormente retomado Friedrich Carl von Savigny– que temía que el sistema se presentase como completo y se volviese demasiado rígido para ser adaptado a los cambios sociales promoviendo se pusiese demasiada atención en la interpretación literal, desviando la atención de la naturaleza del asunto a resolver⁴⁵. La idea que prevalecía, tomando a Aristóteles como referencia⁴⁶, es que la *Jurisprudentia* pertenece al ámbito de la ciencia o razonamiento práctico⁴⁷, producto de la φρόνησις⁴⁸ o *prudentia*, que tiene como

⁴³ STEIN, Peter G., *Roman law in european history*, CUP, Cambridge, 2004. pp. 3 – 4.

⁴⁴ SCHULZ, Fritz, *Principles of roman law*, trad. de Marguerite Wolff, OUP, Oxford, 1936. pp. 9 – 11.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 13.

⁴⁶ ARISTÓTELES, *Op. cit.*, VI, 1140a–1140b.

⁴⁷ ENGISCH, Karl, *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, 2014. pp. 28 – 29.

objeto las acciones humanas, y que constituye el razonamiento que posee quien conoce el objeto y sabe qué hacer a partir de él mediante una adecuada deliberación o ponderación⁴⁹. Por ende, no obstante la legislación; que simplemente se presenta como un marco elástico de acción, los romanos mantuvieron siempre una perspectiva casuística⁵⁰, atenta a la naturaleza problemática del caso concreto, manteniendo –como señala Max Kaser– el “sentimiento jurídico”, que consiste en hallar la solución justa a partir de las consideraciones del caso concreto, sopesando argumentos que recurren a la justicia material y a una ética jurídica específica⁵¹.

Por lo anterior, como señala Theodor Viehweg, “[p]ara un espíritu sistemático el *ius civile* constituye, [...] una desilusión bastante grande. Apenas es posible encontrar en él series de deducciones de largo alcance”⁵². Y es que, como recuerda Rudolf von Jhering, para los romanos el *ius* expresa el efecto que tiene la ley de ligar a todo el mundo⁵³, por lo que, la *Jurisprudencia* –como refiere Viehweg que la caracterizaba Savigny– era una investigación dialéctica dentro de un sistema abierto que no ordena el caso dentro de un sistema previamente existente, sino, más bien busca ejercer su propia justicia por vía de consideraciones medidas y vinculadas. Constituyendo así un modo de trabajar consistente en desarrollar un estilo especial de búsqueda de premisas con apoyo en puntos de vista probados, haciendo del *ius* algo construible de manera responsable⁵⁴. Lo anterior se encuentra en la misma explicación de lo que era el

⁴⁸ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica*, *Op. cit.*, pp. 91 – 93.

⁴⁹ *Ídem*.

⁵⁰ KASER, Max, *En torno al método de los juristas romanos*, trad. de Juan Miquel, Coyoacán, México, 2013. pp. 19 – 21.

⁵¹ *Ídem*, pp. 24, 29 – 30.

⁵² VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, 2ª ed. trad. de Luis Díez-Picazo, ed. Thompson-Civitas, Pamplona, 2007. p. 77.

⁵³ JHERING, Rudolf von, *Op. cit.*, pp. 155 – 156.

⁵⁴ VIEHWEG, Thodor, *Op. cit.*, p. 86.

derecho para los romanos, quienes concebían a esto como algo dado, esperando a ser descubierto y declarado. De tal modo, como señala Peter G. Stein, las definiciones de Quintus Mucius Scaevola no incluían solamente el significado de los términos sino también proposiciones sobre lo que el derecho era para el caso, las cuales habían sido alcanzadas mediante la inducción⁵⁵. No obstante, es importante destacar que para los juristas de la República nunca pareció ser importante el realizar una labor especulativa sobre la naturaleza del derecho⁵⁶, como una labor propiamente filosófica, dejando una teoría unitaria explicativa de éste; su suceso se debió al éxito con el que resolvieron los problemas prácticos de naturaleza jurídica⁵⁷. Sin embargo, tal habilidad presupone la necesidad de tener un concepto que permita el razonamiento en uno u otro sentido; y en este caso, el derecho como actividad práctica, pareció siempre tender a buscar la solución más adecuada –o justa, si se quiere– para el caso concreto a partir de los preceptos jurídicos dados (*leges, præcepta*) entendiendo al *ius* valor⁵⁸ que se unía como un todo, una suerte de sistema armonioso de valores o al menos con tal pretensión.

Así, la concepción práctica del derecho como ciencia fue evolucionando siempre a partir de una relación constante entre *scientia* y *prudencia*. La estructura común de racionalidad que arribaría a la época republicana era similar a la de un diagnóstico, que partía de hechos particulares que se manifestaban como signos para descifrar y, así, tomar el curso de acción adecuado. La fuerza de las *responsa* de los pontífices –práctica que continuaría con los juristas laicos– estaba “ligada a la existencia de una delicada relación entre el evento memorizado en su irrepetible individualidad y la búsqueda de su tipificación prescriptiva”⁵⁹. Es decir,

⁵⁵ STEIN, Peter G., “The roman jurists’ conception of law”, en PADOVANI, Andrea y STEIN, Peter G. (eds.), *A Treatise of legal philosophy and general jurisprudence*, Vol. 7, *The jurists philosophy of law from Rome to the seventeenth century*, Springer, Dordrecht, 2007. p. 6.

⁵⁶ JHERING, Rudolf von, *Op. cit.*, Vol. 3, p. 472.

⁵⁷ *Ídem*, p. 7.

⁵⁸ SCHIAVONE, Aldo, *Op. cit.*, p. 338.

⁵⁹ *Ídem*, p. 101.

las respuestas, y los axiomas (*nomina, regulæ y definitiones*⁶⁰) que de éstas se habían obtenido, servían como bases de algún descubrimiento del *ius* que podría ser utilizado para los casos futuros.

A su vez, en la concepción del derecho, es interesante notar la distancia que, a diferencia de Grecia, relevante entre el concepto de *lex* e *ius* que mantuvieron los romanos; donde la primera no es un elemento inherente al segundo sino, por así decirlo, sólo un punto de partida pero no su elemento determinante. Ésta es otra de las posibles explicaciones que se pueden dar al porqué del desarrollo de una ciencia jurídica específica por parte de los romanos en contraposición con sus antecesores. Los romanos toman el modelo de ciencia aristotélica, sin embargo, en la Atenas del siglo IV a.C. el derecho –y su justicia– era equiparado a la voluntad política de manera inherente en su expresión legislativa. Por tal razón, en la Grecia que había desmitificado el poder divino de la ley y lo había equiparado a la justicia que cada pueblo se da a sí mismo –especialmente en su forma democrática– se podría decir, algo aventuradamente, se mantenía una suerte de positivismo ideológico, donde la ley y su literalidad tenían un valor intrínseco no discutible y que tampoco debía ser susceptible de la interpretación de unos cuantos, lo que les permitía incluso juzgar a quien gobierna⁶¹. Justamente este fenómeno explica la exaltación que Aristóteles haría de la justicia conforme a la ley⁶². Mientras tanto, los romanos, evolucionaron de la visión divina del *ius* a una laica en distinto momento y en procesos históricos disímiles. Así, el que las *leges* y su interpretación en *ius* en un inicio fuesen dominio exclusivo de los pontífices y posteriormente conocimiento científico específico de los juristas siempre le dio al concepto de derecho un apartado algo distinto de la estricta manifestación de las pretensiones políticas, menos aún se llegó a entender al *ius* como algo íntimamente relacionado a la democracia, manteniendo siempre preponderantemente la idea de que éste tenía sus propias

⁶⁰ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Op. cit.*, pp. 102 – 103.

⁶¹ FOUCAULT, Michel, *Op. cit.*, p. 66.

⁶² Cfr. RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Op. cit.*, pp. 37 – 38 y 42 – 44.

razones de ser, si se quiere, su propia justicia, la cual, a su vez no obstante entendían que se basaba en la común naturaleza racional de los hombres⁶³, pero no en las razones de la política que obedece a intereses no necesariamente comunes. Por estas razones, el derecho y su ciencia, en Roma, se entendieron como autónomos⁶⁴.

A modo de conclusión, lo fundamental a destacar es que para los romanos, el derecho era entendido como un producto dialéctico para encontrar la solución adecuada a cada caso y, de este modo, su ciencia no podía ignorar esta particular naturaleza de su objeto para su implementación práctica racional. De este modo, el *ius* para los romanos nunca se alejó del razonamiento problemático que incluye un proceso inductivo de interpretación y hermenéutica⁶⁵ que buscará premisas conforme a lo propio del caso, éstas se sumarán a los *præcepta iuris* como punto de partida, para así crear un silogismo que, con todos los factores considerados, dará lugar a una deducción sólida para dar una solución adecuada al caso concreto. A esto, es fundamental señalar que las *nomina*, las *regulæ* y las *definitiones* que constituyen los tratados de los grandes juristas romanos de la República nunca se entendieron como axiomas para ser puramente deductivos, sino como premisas para orientar el razonamiento prudencial en los casos, que siempre debían adecuarse a las peculiaridades del caso; esto es, como herramientas de interpretación que asistieran a valorar posibles resultados y la determinación del más acertado. Muestra de esto es que la escritura de los grandes tratados de *Jurisprudentia* no estancó la evolución de la doctrina, sino que contribuyó a una memoria más vivida para permitir una evolución y complejidad del conocimiento del *ius*⁶⁶. De modo que, resumidamente, como expresa el distinguido romanista Juan Iglesias, podemos entender que:

⁶³ Cfr. nota 42.

⁶⁴ SCHIAVONE, Aldo, *Op. cit.* pp. 134 – 136.

⁶⁵ *Ídem*, p. 349.

⁶⁶ *Ídem*, pp. 195 – 196.

Para el romano la vida es acción, y el Derecho, que a ella se refiere, se halla en incesante camino. El Derecho se muestra como perpetuo compañero de la historia, es decir, de la viviente e incesante caminata. Y si esto es así, no hay mejor método que el que permite descubrir el Derecho en su movimiento y en su batalla.⁶⁷

1.2 Teoría moderna y principios (la delimitación de la racionalidad deductiva).

La teoría contemporánea del derecho es indubitablemente heredera, en amplia medida, de los estudios y progresos de la *Escuela Histórica* así como de la *Jurisprudencia de conceptos* y a la *Jurisprudencia de intereses* posteriormente desarrollada por Rudolf von Jhering; sin embargo, resulta extraño observar que las obras más prominentes de la primera parte del siglo pasado dejasen de prestar atención los estudios romanistas y, en este sentido, el enfoque de razonamiento práctico aplicado a la solución de conflictos que era inherente a la jurisprudencia de los últimos años de la República en la antigua Roma. Una posible explicación que encuentro se centra, en cierta medida, en la consolidación de uno de los temores –anteriormente mencionado– de Carl von Savigny ante el movimiento codificador de inicios del siglo XIX. Como es sabido, el movimiento codificador triunfó tanto en la Europa continental como en sus respectivas colonias, lo que no necesariamente significó el estancamiento del razonamiento filosófico-científico jurídico, aunque sí un cambio radical de enfoque que pronto comenzó a ignorar otros distintos elementos relevantes. Una vez que el grueso de las disposiciones legislativas se encontraban recopiladas y estructuradas en un único volumen la necesidad de razonar problemáticamente pareció superflua; qué sentido tenía preguntarse por la naturaleza del caso ante el que uno se encontraba y cuál solución era la más adecuada si ya todo se hallaba previsto en el código, lo único que había que hacer era encuadrar los supuestos del caso en lo previsto por la legislación y posteriormente seguir la indicación deductiva del silogismo que se

⁶⁷ IGLESIAS, Juan, *Miniaturas histórico-jurídicas*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 2003. p. 135.

formaba de la misma para su resolución. Lo anterior es, burdamente, la clásica caracterización de los postulados de la famosa *Escuela de la exégesis francesa* que tuvo fuerte impacto en el pensamiento jurídico continental del siglo XIX⁶⁸. Sin duda, esto representó una simplificación extraordinaria en el ejercicio del derecho, no obstante, si bien no redujo la posibilidad de filosofar sobre éste, sí viró en un dirección previamente no profundizada, la legislación, es decir, las normas y operatividad, entendiendo de manera muy amplia que la resolución de casos devendría *grosso modo* de la observación y ejecución de éstas dentro de su particular estructura.

Es de este modo que se explica semejante revolución copernicana para la teoría jurídica; incluso para el difuso mundo jurídico anglosajón, por vía de John Austin, que sentía profunda admiración por los juristas alemanes, pasando dos años en ese país estudiando las obras de los grandes romanistas y de los juristas de la *Escuela Histórica*⁶⁹, lo que sin duda influyó en su prominente obra –y total de la *analytical jurisprudence* anglosajona– *The province of jurisprudence determined*.

Fuertemente influenciado por el padre de la jurisprudencia analítica, Jeremy Bentham⁷⁰, y asumiendo los postulados epistémicos del estudio del derecho comparado⁷¹, la teoría de John Austin desvió el punto de enfoque para teorizar el derecho de manera radicalmente diferente, disminuyendo e incluso menoscabando la importancia que pudiera jugar el *telos* de éste en su conceptualización por ser algo incierto y poder obedecer a una multiplicidad de fines. De tal modo, Austin, en su afán de elucidar y comprender el derecho

⁶⁸ Cfr. VIGO, Rodolfo L., *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008. pp. 146 – 156.

⁶⁹ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Introducción analítica al estudio del derecho*, 2ª ed., Themis, México, 2011. pp. 69 – 74.

⁷⁰ *Ídem*, Rolando, *Juris prudentia: more geometrico*, Fontamara, México, 2013. pp. 88 – 89, 116 – 118.

⁷¹ AUSTIN, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, trad. de Felipe González Vicén, Fontamara, México, 2011. pp. 1 – 3.

propriadamente hablando (*properly so called*), se encuentra convencido de que para ello es necesario esclarecer los conceptos y distinciones que componen al derecho positivo⁷², y para tal efecto asume como punto de partida el elemento común a todos los sistemas jurídicos, las normas o leyes. En esta tesitura, le interesa encuadrar la especificidad de las normas jurídicas para distinguirlas de otro tipo de normas cuales las morales y las religiosas o divinas⁷³. Siguiendo el camino trazado, Austin encuentra que la diferencia esencial que presentan las normas jurídicas respecto de las otras se encuentra en su cualidad de origen, siendo éstas un mandato, producto del deseo expreso de un soberano determinado, y cuya obediencia supone *-kantianamente-* una carga heterónoma sobre el sujeto destinatario de la misma, cuyo cumplimiento se encuentra respaldado por la amenaza de producir un mal (*evil*) en caso de incumplimiento⁷⁴. Establecido lo anterior, ya no interesa el fin que persiguen los mandatos, pues el objeto de estudio no se encuentra en la evaluación moral que se encuentra en la psique que produce el deseo detrás del mandato del soberano para ajustarlo a una estimación de los fines que busca producir⁷⁵. Es decir, para los fines de la teoría, no importa lo razonable del mandato, lo único que importa es que se ha emitido una orden y que tiene una pretensión de obediencia cierta sujeta a un castigo en caso contrario.

El giro de la jurisprudencia analítica impulsado por Austin significó que la ciencia del derecho se centrara en su aspecto regulativo en contraste con la tendencia que históricamente el derecho natural había enfocado buscando la racionalidad de la conducta axiológica a partir de las normas en cuestión entendiendo al derecho como un fenómeno primordialmente práctico, donde caso por caso, el derecho se determinaba como la respuesta más adecuada al

⁷² TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Juris prudentia: more geométrico*, *Op. cit.*, p. 117.

⁷³ AUSTIN, John, *The province of jurisprudence determined*, Hackett Publishing, Cambridge, 1998. pp. 10 – 12.

⁷⁴ *Ídem*, pp. 31 – 32.

⁷⁵ *Ídem*, pp. 124 – 125.

problema planteado a partir de las normas dadas. A partir de este momento, gran parte de la ciencia del derecho se enfocará en explicar al fenómeno como regulador de las conductas y no tanto como parámetro de resolución de conflictos en una sociedad. De tal modo, para Austin, el derecho sólo se puede estudiar como un hecho verificable a partir de la observancia general⁷⁶ de las reglas emitidas por el poder soberano en una sociedad, y nada tiene que ver el estudio del derecho con ningún estándar moral o político que funcione como elemento de adecuación para la resolución de los conflictos jurídicos.

En este punto considero oportuno un deslinde para señalar lo sucedido a la par en el ámbito de la teoría continental donde aún imperaba como adjetivo sobre la teoría jurídica el término “natural”. No obstante sería un error desvincular tajantemente los parámetros de la teoría en esta zona geográfica durante los siglos XVIII y XIX de los bien definidos estándares que Jeremy Bentham y John Austin cimentaron para la declarada positivista jurisprudencia analítica anglosajona.

Efectivamente, la semilla del futuro reinante positivismo jurídico continental se encontraba justamente en la tendencia que había seguido su antecesora y antagonista teoría del naturalismo. Y es que de ésta surge lo que se puede presumir impulsó a Jeremy Bentham y a John Austin; el primero fuertemente influenciado por el pensamiento iluminista de Cesare Beccaria⁷⁷, quien, a su vez,

⁷⁶ Parece oportuno hacer una aclaración respecto de un equívoco común sobre de la teoría de John Austin. Cuando éste señala que una de las características necesarias que constituyen los mandatos que forman las leyes jurídicas es que sean “generales”, no se refiere a que sean dirigidas a todos los súbditos de la comunidad política independiente, sino “generales” en cuanto a su observancia, esto es, que a partir de su emisión se vuelvan un patrón de comportamiento general y continuado, por el contrario de un mandato ocasional o particular. Como señala Rolando Tamayo, de este modo, “una norma o regla jurídica (*law* o *rule*) es un mandato sólo si ordena una *clase de actos*”. AUSTIN, John, *The province of jurisprudence determined*, *Op. cit.*, p. 11 y TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho*, *Op. cit.*, p. 41.

⁷⁷ Es de suma importancia destacar que la influencia del pensamiento de Cesare Beccaria en Jeremy Bentham es profunda, pues no sólo es de éste de quien toma el principio de lo que sería su filosofía moral –la mayor felicidad para el mayor número de personas– sino también su punto de partida epistémico para el desarrollo de lo que sería su estudio del derecho y el gobierno de su época. Como bien recuenta Herbert Hart, para Bentham, la genialidad del filósofo lombardo recaía en que éste se fue el primero en embarcarse en la crítica del derecho de su época y abogar por su reforma sin confundir esto con la tarea de describirlo como en realidad era. La claridad mental de

inevitablemente se vio influenciado por el pensamiento ilustrado de los enciclopedistas de su época en el que figuraba prominentemente Jean-Jacques Rousseau⁷⁸; y el segundo –como ya se mencionó– por los juristas de la *Escuela Histórica alemana* que no pudieron evitar incorporar importantes elementos de la doctrina de Immanuel Kant en sus teorías⁷⁹, este último a su vez, admirador de los postulados del filósofo ginebrino⁸⁰. Efectivamente, hay dos puntos centrales del pensamiento de Rousseau que se desarrollan como postulados en mayor o menor medida en la obra de estos filósofos. Al primer postulado parte de la disociación de las normas de una sociedad con el derecho natural y se le puede considerar una evolución de la visión imperativa de Thomas Hobbes, sin embargo, Rousseau reformula esta visión convirtiéndola propiamente en *convencionalismo*, que resulta de la unión de fuerzas de los individuos de una sociedad para su conservación⁸¹. El segundo postulado va inherentemente ligado al primero, y ninguno puede funcionar sin el otro. Éste, se podría decir, trata de la racionalidad a la que obedecen las normas de un pueblo, las cuales, siendo producto del esfuerzo libre de cada individuo en su conformación social, no pueden –o, es incorrecto si lo hacen– atentar contra el bien de ninguno de sus miembros o incluso infligir penas

Beccaria para realizar esta distinción marcaría la pauta de labor filosófica que expresaría todo el pensamiento *benthamiano*. HART, H. L. A., *Essays on Bentham*, Oxford University Press, 2001. pp. 40 – 42.

⁷⁸ HERNÁNDEZ MARCOS, Maximiliano, “Conceptual Aspects of Legal Enlightenment in Europe” en CANALE, Damiano, GROSSI, Paolo y HOFMANN, Hasso (eds.), *A treatise of legal philosophy and general jurisprudence*, Vol. 9, *A history of the philosophy of law in the civil law world, 1600–1900*, Springer, Dordrecht, 2009. pp. 128.

⁷⁹ BYRD, Sharon, “Kant’s Theory of Contract”, en TIMMONS, Mark (ed.), *Kant’s Metaphysics of morals*, OUP, Nueva York, 2004. pp. 120 – 121; BECCHI, Paolo, “German Legal Science: The Crisis of Natural Law Theory, the Historicisms, and ‘Conceptual Jurisprudence’”, en CANALE, Damiano, GROSSI, Paolo y HOFMANN, Hasso (eds.), *Op. cit.* pp. 186 – 192 y VLEESCHAUWER, Herman Jean de, “Kant”, en BELANVAL, Yvon (ed.), *La filosofía alemana de Leibniz a Hegel*, trad. de Artola Barrenchea, José María, García Junceda, José Antonio, Gómez Romero Isidro, Sanz Guijaro, Joaquín y Velasco Martínez, Pablo, Siglo XXI, México, 2011. p. 175.

⁸⁰ FIORAVANTI, Maurizio, “Constitutionalism” en CANALE, Damiano, GROSSI, Paolo y HOFMANN, Hasso (eds.), *Op. cit.*, pp. 280 – 282.

⁸¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, trad. de Everardo Velarde, Coyoacán, México, 2004. pp. 18 – 19.

desproporcionadas en caso de una falta⁸², criterio que siempre permitiría un punto de crítica respecto de la legislación y manteniendo un postulado propio del iusnaturalismo racional. En este aspecto, Rousseau señalaba que con su obra buscaba “mantener en armonía constante [...] lo que el derecho permite con lo que el interés prescribe, a fin de que la justicia y la utilidad no resulten separadas”⁸³; y es con un propósito similar que Beccaria criticaba de “bárbaras” las leyes de su sociedad⁸⁴ y propugnaba por la proporcionalidad entre el los delitos y las penas, en el sentido en que las segundas distingan las acciones que menoscaban el bien común y funcionen como adecuado medio para prevenir el delito, disuadiendo al criminal de su acción cuando vea un mal proporcionalmente superior a la ventaja que podría obtener del delito⁸⁵; y de esta manera, procurado un estabilidad consecuente en la manutención del bien común.

No obstante, como propulsores del positivismo jurídico, Bentham y Austin distinguieron fuertemente al utilitarismo como una teoría ética –con fundamento científico basado en el principio de utilidad– del derecho, sin dejar ninguna relación necesaria entre uno y otro. El utilitarismo se mantenía como criterio racional de evaluación del derecho, de su bondad y su justicia, pero en ningún sentido éste constituía un elemento necesario del derecho. Esto se distingue particularmente en el acento imperativo de la teoría de Austin y la impronta *hobbesiana* con la que siempre se le ha distinguido⁸⁶. Y es que, efectivamente, de acuerdo a Austin el derecho, para existir, simplemente requiere de un poder soberano que exprese sus deseos como mandatos y que éstos sean habitualmente obedecidos, no

⁸² Haciendo énfasis en este punto, Rousseau distingue entre la voluntad general y la voluntad de todos, en donde la segunda es la suma de intereses privados y susceptibles de múltiples corrupciones en su razón, mientras que la segunda atiende al interés común y debe prevalecer por tal razón, dado que niega que un pueblo pueda libremente – sin vicios en su voluntad – otorgarse normas que les perjudiquen. *Ídem*, pp. 32 – 33.

⁸³ *Ídem*, p. 9.

⁸⁴ BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene*, 14ª ed., Feltrinelli, Milán, 2008. p. 31.

⁸⁵ *Ídem*, pp. 44 – 46.

⁸⁶ POSTEMA, Gerald J., *A treatise of legal philosophy and general jurisprudence*, Vol. 11, *Legal philosophy in the twentieth century: the common law world*, Springer, Dordrecht, 2011. p. 10.

importando si se trata de un soberano totalitario o democrático, unipersonal o colegiado, y mucho menos la calidad moral de sus prescripciones.

En el ámbito continental; más específicamente en Alemania y el espectro territorial del Imperio Austro-Húngaro, ante la rebelión que se presentaba contra el idealismo y la consecuente irrupción del materialismo que se presentó a mediados del siglo XIX, negando la realidad de las ideas objetivas⁸⁷ y trascendentes, los postulados de la jurisprudencia analítica y su invitación a positivismo –como postura que distingue al derecho de cualquier proposición ética– comenzaron a tener resonancia en los teóricos continentales. La primera irrupción notoria se encontró en la obra de Félix Somló, *Teoría general jurídica* de 1917, donde partiría su obra a partir del concepto de poder soberano, al que denominaría “poder jurídico” y definiendo al derecho como el conjunto de normas generalmente obedecidas, emanadas de un poder supremo, permanente y omnicompreensivo⁸⁸. Posteriormente aparece como otro ejemplo la teoría de Karl Wolff, quien también toma de Austin la idea del dominio sobre otros y enfatiza el concepto formal del derecho como un fenómeno que se da únicamente si ciertas circunstancias se presentan dentro del marco de la soberanía del poder⁸⁹.

No obstante, no es sino hasta la irrupción del neokantianismo que la teoría jurídica continental comenzaría a tomar los rasgos definitivos con los que se le ha conocido a partir finales del siglo XIX e inicios del siglo XX. En este sentido, José María Rodríguez Paniagua considera que la irrupción de Rudolf Stammler significa el restablecimiento de la filosofía jurídica alemana, puesto que el positivismo jurídico de corte analítico nunca logró un verdadero arraigo, con lo que pronto se inició una vuelta a Kant⁹⁰.

⁸⁷ VERDROSS, Alfred, *La filosofía del derecho en el mundo occidental*, 2ª ed., trad. de Mario de la Cueva, UNAM, México, 1983. pp. 255 – 256.

⁸⁸ *Ídem*, p. 283 – 285.

⁸⁹ *Ídem*.

⁹⁰ RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María., *Historia del pensamiento jurídico*, vol. II, *Siglos XIX y XX*, 8ª ed., Universidad Complutense, Madrid, 1997. p. 479 – 480.

Aun cuando se ostenta como iusnaturalista, la teoría de Stammler no puede dejar de observar ciertos postulados inherentes al positivismo, y cuya relevancia se mostraría tal que se podría decir fungió como un marco de trabajo para los posteriores teóricos neokantianos positivistas. Éste reclama a Kant confundir el concepto de derecho con el de su ideal, proponiendo considerar una separación en la que se distinga al primero como el fenómeno tal cual es y al segundo como una meta que nunca habrá de realizarse plenamente pero que sirve de orientación⁹¹. En efecto, aun cuando la *idea* juega papel importante en su filosofía, para Stammler es fundamental distinguir al concepto en cuanto a su forma en cuanto a que ésta es el *modo* distintivo de vinculación de la *voluntad* jurídica en medio de las relaciones de los individuos, lo que la torna autárquica⁹², distinguiéndola de la moral y las convenciones sociales e incluso de su emisor. Esto significaría, retomar la idea de la *crítica* de Kant replanteada al plano práctico del derecho formas absolutas y generales⁹³ sin vincularlas a un *deber ser*. La idea última, es que solamente mediante la identificación propia de las formas jurídicas abstractas se podría abordar metodológicamente un proceso de ordenación científica para la crítica material del derecho guiado por su ideal⁹⁴.

La semilla del neokantianismo estaba plantada y con ella la importancia fundamental de la distinción del ser y del deber ser, es decir, de la necesidad del positivismo. Esta sería explícitamente la línea planteada por la Escuela Sudoccidental alemana, principalmente por Emil Lask, quien aboga por el rechazo definitivo al Derecho Natural que realiza una hipostasiación de los valores a realidades que puede tornarse peligrosa a la luz del empirismo, por lo que para él existe sólo un derecho del que es posible hablar, el que se ha desarrollado

⁹¹ *Ídem*, p. 481.

⁹² STAMMLER, Rudolf, *Tratado de filosofía del derecho*, trad. de Wenceslao Roces, Coyoacán, México, 2008. pp. 100 – 101.

⁹³ RECASÉNS SICHES, Luis, *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, Coyoacán, México, 2007. pp. 87 – 88.

⁹⁴ STAMMLER, Rudolf, *Op. cit.*, 67 – 69.

empírica e históricamente⁹⁵. De modo que, la propuesta concreta de este filósofo consiste en centrar a la ciencia jurídica no sólo en el derecho como un factor social real, sino en su significación, su sentido, como algo que establece un deber ser, una exigencia para su cumplimiento. Con estas coordenadas, la idea de Lask es superar tanto al Derecho Natural como a la Escuela Histórica, buscando del primero erradicar la noción apriorística de valores absolutos y, del segundo, el criterio de autoridad como única fuente de la normatividad y por ende sujetando todo al relativismo; y así, en consecuencia, poner a la razón como una suprema fuente formal del derecho⁹⁶.

Sin lugar a dudas la culminación del proyecto positivista neokantiano se encuentra en la más estructurada y coherente obra de Hans Kelsen, quien asumiendo el escepticismo ético propio del positivismo lógico del Círculo de Viena, se propone realizar una ciencia “pura” del derecho sobre el postulado lógico-empírico de esta escuela que sostiene que un enunciado carece de significado si no es verificable a través de la observación de los sentidos, razón por la cual se rechaza que existan métodos racionales para determinar la validez de los juicios de valor o morales, lo cuales, por ende, deben ser eliminados de toda explicación científica⁹⁷. Kelsen sostenía este último postulado al grado de señalar que toda pretensión de justificación “racional” de un postulado basado en un juicio subjetivo de valor es meramente un deseo, un autoengaño, una ideología; y expresando que el propósito de la metafísica del Derecho Natural no era otro que el de aceptar o rechazar emocionalmente la realidad, no explicarla⁹⁸.

En este sentido, la *Teoría pura del derecho* inicia señalando claramente la forma en que el derecho se distingue del mundo natural, donde el primero sería el

⁹⁵ LASK, Emil, *Filosofía del derecho*, trad. de Roberto Goldschmidt, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2008. pp. 30 – 31.

⁹⁶ RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María, *Op. cit.*, pp. 504 – 505.

⁹⁷ *Cfr.* NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2007. pp. 50 – 51.

⁹⁸ KELSEN, Hans, “La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica” trad. de Eduardo Coghlan en CASANOVAS, Pompeu y MORESO, José Juan (eds.), *Op. cit.*, pp. 206 – 207.

sentido objetivo de los actos humanos, su definición; mientras que el subjetivo lo constituiría el acto o definición común del hecho externo. Siendo que lo jurídico no va con la causalidad del acto, sino con el significado de éste, el cual se obtiene gracias a la norma a cuyo contenido se refiere. El ejemplo que Kelsen utiliza para señalar esta distinción toral es la diferencia que se puede plantear ante un hecho donde una autoridad estatal ejecuta a una persona por traición a la patria, donde el sentido subjetivo sería el de un “asesinato” mientras que desde lo jurídico su sentido objetivo lo llama “pena capital”. Siendo entonces la norma un esquema de interpretación jurídica de los actos del mundo natural⁹⁹.

Entonces, la *Teoría pura* pone su centro de atención en la norma y en los hechos en relación con ésta pero no por su contenido sino, justamente, como marco interpretativo de lo jurídico. De modo que lo que a la teoría kelseniana interesará no será una mera descripción del derecho, sino una explicación de su dinámica, de su operatividad, es decir, de su normatividad.

Bajo estos supuestos, si el derecho es el resultado del dictado de las normas, éste no puede ser conceptualizado más que como un sistema normativo cuya fuente primaria no puede ser más que la existencia de una norma primaria que prevea la creación de otras normas y así sucesivamente. Cuando se rastrea el origen de la primera norma, Kelsen arriba al concepto de *Grundnorm* o *norma fundante básica*, la cual necesariamente ha de presupuesta como válida con independencia de sus postulados ético-políticos para sostener la validez del subsecuente conjunto de directivas que surjan conforme a ésta¹⁰⁰. En este tenor, para la *Teoría* es fundamental establecer el concepto de norma y lo que significa su validez. Así, una norma ha de ser distinguida de un enunciado jurídico por cuanto a que ésta no pretende informar sino que constituye un imperativo, la prescripción de una conducta que ordena un *deber ser*, una obligación, no

⁹⁹ *Ibíd.*, *Teoría pura del derecho* [primera edición de 1934], trad. de Gregorio Robles y Félix F. Sánchez, Trotta, Madrid, 2011. pp. 42 – 44.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, *Teoría pura del derecho* [segunda edición de 1960], 16ª ed., trad. de Roberto J. Vernengo, Porrúa, México, 2011. pp. 228 – 229.

obstante aparece formulada como un enunciado declarativo de un cierto hecho¹⁰¹; de modo que para completar dicha distinción, es fundamental para Kelsen destacar que es inherente al concepto de norma jurídica la noción de *sanción* – directa o indirecta– que garantiza el cumplimiento de la obligación por ella estatuida¹⁰².

Determinado el concepto de norma, el iusfilósofo austriaco encuentra necesario esclarecer qué aspectos constituyen la validez del sistema normativo y; me parece, en esto se puede identificar el centro duro del positivismo de su *Teoría*. De modo que Kelsen determina que la validez se puede predicar en dos sentidos: por su efectividad y por su fuente. Respecto de la primera, ésta constituye al derecho propiamente como un hecho real, por puesto que la positividad sólo se puede afirmar de algo que efectivamente sucede en el mundo natural, en este sentido, la validez sería constituida de la observancia de la existencia de las normas, yanto en la constatación de que han sido promulgadas como en su eficacia¹⁰³; y sería el aspecto en el que considero se puede señalar la dimensión descriptiva de la *Teoría*. Por cuanto a la validez por medio de las fuentes, ésta constituye su dimensión normativa, por cuanto a que se determina que una norma sólo puede ser válida atendiendo a la legitimidad de su origen, el cual sería una norma anterior que prevé su creación¹⁰⁴. Este último aspecto es el que hace distintiva a la teoría *kelseniana*, destacando la dinámica normativa y la apertura del sistema, al cual se podría definir autopiético¹⁰⁵, pues determina las condiciones de su propia creación.

De sendas facetas de la validez de la *Teoría pura*, es importante destacar que éstas presentan al derecho como autónomo respecto de cualquier

¹⁰¹ *Ídem*, pp. 84 – 85.

¹⁰² *Ídem*, pp. 63 – 67.

¹⁰³ *Ídem*, pp. 23 – 25.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, *Teoría pura del derecho* [primera edición de 1934], *Op. cit.*, pp. 83 – 84.

¹⁰⁵ LUHMANN, Niklas, *Op. cit.*, p. 118.

consideración ajena a él, puesto que, bajo la perspectiva presentada, no importan ni las consideraciones morales ni políticas que motivan la sustancia de las normas, la cual puede ser de la más diversa variedad. Sólo importa la constatación de dos hechos empíricos: la existencia de normas que dan fundamento de validez para la creación de otras normas y, la efectiva realización de éstas. De tal modo, no parece muy comprometido señalar que, para la teoría *kelseniana*, aquello que distingue al fenómeno jurídico es la forma o modo distintivo de su operatividad para conformar un *deber ser (Sollen)*¹⁰⁶.

1.3 El debate Hart-Dworkin.

Es ampliamente aceptado que, junto con Hans Kelsen, H. L. A. Hart comparte el crédito haber alcanzado el cenit de lo que representa una teoría positivista completa y coherente. Y aunque existen diferencias significativas entre ambas posturas¹⁰⁷, es innegable que comparten un núcleo común que las hace compatibles y ampliamente promotoras del mismo ideal científico para el derecho, por cuanto dentro de ambas se pueden rastrear fuertes influencias concurrentes, en particular, los postulados empiristas de la filosofía analítica de John Austin y Jeremy Bentham.

En cuanto a la popularidad de uno y otro en distintos ámbitos geográficos, considero que éste no necesariamente ha de ser visto desde el simplista supuesto de que el primero pertenece netamente a la tradición analítica anglosajona y el segundo a la filosofía continental, por cuanto a que es posible afirmar que entre uno y otro existen sólidas influencias de ambas. Incluso, Kelsen llega a afirmar que la orientación de su teoría pura es en mucho similar al método de la jurisprudencia analítica de Austin, aunque buscando ir más allá mediante un método más firme y

¹⁰⁶ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho* [segunda edición de 1960], *Op. cit.*, pp. 205 – 206.

¹⁰⁷ Cfr. BIX, Brian H., *Filosofía del derecho*, trad. de Imer B. Flores, Rodrigo Ortiz Totoricagüeña y Juan Vega Gómez, IJ-UNAM, México, 2010. pp. 78 – 80.

que desarrolle un concepto completo de *norma*¹⁰⁸. Por ende, considero que es posible sostener que el éxito de una y otra postura en distintos perímetros se debe únicamente a una cuestión histórica de afinidad cultural. No obstante, las críticas que recibiría el positivismo jurídico serían adecuadas a ambas teorías por cuanto se dirigieron al eje que sendas compartieron. En este sentido, de entre varias críticas que se realizaron al positivismo como supuesto científico, la más exitosa hasta la fecha provino del ámbito anglosajón y, por ende, se centró en la teoría *hartiana* por considerarla la exposición más completa y coherente de esa corriente¹⁰⁹.

Sin lugar a duda, una de las polémicas iusfilosóficas más trascendentes del siglo XX –si no la más relevante– genera un rompimiento en las líneas que la teoría del derecho había seguido hasta el momento. En amplios términos, el “debate Hart-Dworkin” en realidad funciona como una alegoría del punto de partida hacia los distintos rumbos que tomaría el desarrollo de la filosofía jurídica, no sólo en el ámbito anglosajón, sino también en el continental con la irrupción de lo que, de manera generalizada, ha sido llamado “neoconstitucionalismo”. En este sentido, es menester hacer hincapié en que, más que centrarse en el ámbito exclusivamente anglosajón, el desarrollo del presente apartado se enfocará en puntos generales de este debate a partir de los cuales la teoría jurídica que ha visto gran evolución desde entonces.

Como bien señala Scott Shapiro, el debate entre sendos teóricos nunca se presentó directamente sino mediante artículos en revistas académicas, en el desarrollo intervinieron otros tantos iusfilósofos, y la diversidad de temas tratados dificulta encontrar un sentido unívoco en torno al cual girara la polémica; la cuestión de la discreción judicial, el papel de los argumentos políticos en la aplicación judicial del derecho, los fundamentos ontológicos de las reglas, la posibilidad de una teoría descriptiva, la función del derecho, la posibilidad de la objetividad en los valores, la vaguedad de los conceptos, y la naturaleza de la

¹⁰⁸ KELSEN, Hans, “La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica”, *Op. cit.*, p. 213.

¹⁰⁹ DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, *Op. cit.*, pp. 16.

inferencia jurídica, todos son asuntos sobre los cuales polemizaron¹¹⁰. Sin embargo, indubitadamente, todos estos temas están interconectados, y no parece aventurado el resumir que la discusión se centra en el corazón mismo de la filosofía del derecho¹¹¹, la siempre controvertida relación entre el derecho y la moral.

Empero, es importante advertir, como señala Fernando Salmerón, que dicha polémica no se trata de una separación entre el derecho y la moral que pueda negar cualquier relación –en cuyo caso se hablaría de un absurdo–, sino de la relación de los dos conceptos, sobre la base de que ninguno de los dos puede ser reducido al otro, es decir, se trata de la aceptación o negación de relaciones conceptuales y sus formas específicas¹¹², lo cual, en caso de negarla o aceptarla; y dependiendo el grado, significa conceptualizar distintas dimensiones de la actividad jurídica de diversos modos. En efecto, el iuspositivista H. L. A. Hart no negó la relación que el derecho tenía con la moral e incluso con las ideas de justicia y equidad, señalando que “[...] no se puede discutir seriamente que el desarrollo del derecho, en todo tiempo y lugar, ha estado profundamente influenciado tanto por la moral convencional y los ideales de los grupos sociales particulares, como por formas de crítica moral establecida [...]”¹¹³ e incluso, profundizando un poco más, señala como un presupuesto básico para la duración prolongada de todo sistema jurídico el que éste responda, aunque sea de alguna manera, a normar sobre las medidas sociales necesarias para la existencia continuada de los hombres, aquéllas enfocadas a la condición humana y el mundo en que vivimos para la supervivencia, y en cuyo sentido podría aducirse que el

¹¹⁰ SHAPIRO, Scott, “El debate ‘Hart-Dworkin’: una breve guía para perplejos” trad. de Melero de la Torre, Mariano C., en MALERO DE LA TORRE, Mariano C. (ed.), *Dworkin y sus críticos*, Tirant Lo Blanch, México, 2012. pp. 143 – 146.

¹¹¹ LAPORTA, Francisco, *Entre el derecho y la moral*, Fontamara, México, 2007. p. 7.

¹¹² SALMERÓN, Fernando, “Sobre Moral y derecho. Apuntes para la historia de la controversia Hart-Dworkin”, en VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Derecho y moral*, Gedisa, Barcelona, 2003. pp. 80 – 81.

¹¹³ HART, H. L. A., *Op. cit.*, p. 219.

derecho responde a exigencias moralmente “naturales”¹¹⁴; en el mismo tenor, también considera como condición para la supervivencia de un sistema jurídico el que sea considerado como necesario o “bueno” para un número suficiente de sus destinatarios de manera que le reconozcan autoridad¹¹⁵, lo que dotaría al derecho de fuerza moral. En resumen, Hart considera como condiciones para la existencia de cualquier sistema jurídico una serie de factores valorativos que, como tal, pueden ser calificados de “morales” por ser considerados “buenos” al garantizar la supervivencia de la humanidad¹¹⁶ o permitir la cooperación social. No obstante tales acotaciones, su interés por negar la relación entre sendos ámbitos normativos se centra en el argumento de que tal relación es contingente, no necesaria, pues aun las condiciones más básicas a las que la humanidad podrían cambiar en un futuro, modificando la necesidad del contenido mínimo de “derecho natural” que el sistema deba observar, en cuyo caso, las condiciones a las que nos vemos sometidos y que el derecho debe observar para garantizar nuestra y su supervivencia son causales, no necesarias¹¹⁷, pudiéndose considerar a la famosa tesis del “contenido mínimo de derecho natural” más como una tesis antropológica del derecho que como parte misma de la teoría¹¹⁸. Un ejemplo burdo tomado de la ciencia ficción podría ilustrar este punto mejor: suponiendo que en un futuro muy lejano se encuentra el secreto de la inmortalidad, ya no existirá el delito de asesinato y para una generación muy lejana a nosotros ni siquiera la concepción moralmente negativa de matar a alguien más, del mismo modo, se reformaría radicalmente cualquier noción que existiera del derecho a la salud.

¹¹⁴ Esto refiere a su controvertida tesis del “contenido mínimo de derecho natural”. *Cfr. Ídem.* pp. 238 – 240. Es interesante destacar que Hans Kelsen señala algo análogo respecto de su Teoría pura al expresar “sobre la base de la experiencia [...] sólo un orden jurídico que no satisfaga los intereses de uno a expensas de otro, sino que produzca una transacción tal entre los intereses opuestos como para minimizar las posibles fricciones, tiene probabilidades de una existencia relativamente duradera” (KELSEN, Hans, “La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica”, *Op. cit.*, p. 208).

¹¹⁵ *Ídem.* pp. 248 – 249.

¹¹⁶ *Ídem.* p. 239.

¹¹⁷ *Ídem.* pp. 240, 246 – 247.

¹¹⁸ *Cfr.* Bix, Brian H., *Op. cit.*, pp. 60 – 61.

De modo que al profesor oxoniense le interesa de sobre manera realizar una tajante distinción conceptual que destaque este aspecto contingente y que a su vez permita diferenciar al derecho como es de su crítica moral, evitando confusiones como la del llamado “problema del anarquista”, que por considerar una relación necesaria entre el derecho y la moral juzga inválidas ciertas normas por su inmoralidad y se considera exento de su obediencia¹¹⁹. O, en otro sentido, también para evitar justificar, sobre una supuesta juridicidad, el que se penen mediante prejuicios de la moral social positiva actos considerados inmorales, como si éstos juicios morales, por ser “naturales” y necesarios, fuesen derecho, o lo que él llamó “moralismo legal”¹²⁰. El ejemplo más ilustrativo de esta segunda postura sobre la distinción entre el derecho y la moral se encuentra en el debate que H. L. A. Hart sostiene con Patrick Devlin, donde el segundo invoca la necesidad de penar las desviaciones de la moral compartida en una sociedad bajo la idea de que el derecho inglés buscaba imponer la moral positiva “como tal”¹²¹ de manera que se debían penar tanto los actos homosexuales como la prostitución. Hart sostenía no sólo que el problema con Lord Devlin se encontraba en que éste no distinguía entre moral positiva y moral crítica,¹²² sino que también asumía una postura moral respecto del derecho como un aparato paternalista para la consecución de lo que él llamaba “bienestar moral” que a su vez promovía la cohesión social¹²³. De tal modo, el positivismo *hartiano* tiene como fin la descripción del derecho tal como es, lo cual de por sí es valioso¹²⁴...

En esta empresa, Hart también buscaba alejarse de la simplicidad y subsecuentes deficiencias que sus antecesores positivistas habían tenido,

¹¹⁹ *Ídem*. pp. 259 – 260.

¹²⁰ *Ídem*, *Derecho, libertad y moralidad*, trad. de Miguel Ángel Ramiro Áviles, Dykinson, Madrid, 2006. p. 101.

¹²¹ *Ídem*. pp. 89 – 92.

¹²² *Ídem*. pp. 90 y 110 – 112.

¹²³ *Ídem*. pp. 92 – 93 y 97 – 99.

¹²⁴ *Ídem*. *El concepto de derecho*, *Op. cit.* pp. 260 – 261 y Bix, Brian H., *Op. cit.*, p. 43.

centrando su atención en la crítica de la teoría del John Austin, la cual distingue al derecho (*law*) de cualquier otra consideración análoga (*moral laws, laws of God*) por su positividad o imposición proveniente de un soberano¹²⁵. Para Austin el derecho no era más que el conjunto de mandatos emitidos por un soberano –o cuerpo soberano– a sus súbditos, los cuales, prestándole obediencia exclusiva a éste, que a su vez no obedece a nadie más, constituyen la “comunidad política independiente”¹²⁶. De modo que las características necesarias para un mandato son: el deseo de que alguien haga o se abstenga de hacer algo, la comunicación de tal deseo y la posibilidad de infringir un mal o daño en caso de desobediencia¹²⁷, centrando, por lo tanto, la relevancia del poder coercitivo de la sanción como *conditio sine qua non* para que haya un soberano y, por ende, un sistema jurídico.

Para Hart, la caracterización de John Austin resultaba insuficiente porque: no todas las normas jurídicas son coercitivas o contienen una sanción; haciendo referencia a las normas de derecho privado que permiten a los particulares contratar entre sí, la caracterización del soberano era deficiente en cuanto no explicaba la continuidad legislativa en el tiempo¹²⁸ ni las complejas dinámicas en las que incluso el parlamento se encuentra sujeto a restricciones jurídicas. Por último, y tal vez la crítica más importante, refiere a la asunción exclusiva del punto de vista del observador externo, con lo que la teoría se encuentra con la imposibilidad de proveer una explicación plausible y coherente de la obediencia –y el consecuente funcionamiento de los sistemas jurídicos– por parte de los súbditos¹²⁹.

¹²⁵ AUSTIN, John, *Op. cit.*, p. 11.

¹²⁶ *Ídem.* pp. 193.

¹²⁷ *Ídem.* pp. 15 – 17.

¹²⁸ El problema de la continuidad legislativa referiría a que, bajo el esquema de Austin, el nuevo soberano no tendría obligación de observar las leyes impuestas por su predecesor dado que éste, por definición, no se encuentra en hábito de obediencia de nadie sino sobre su propia voluntad. *Cfr.* HART, H. L. A., *Op. cit.*, pp. 75 – 76.

¹²⁹ *Ídem.*

Las puntuales observaciones de Ronald Dworkin, así como las eventuales concesiones que realizaría Hart, se tornaron en los focos centrales sobre los que tanta tinta correrá hasta nuestros días. Para los iusnaturalistas, en amplios términos, significaría una suerte de triunfo y renacimiento sobre el cual crecería la atención en postulados que esta corriente ya había abordado¹³⁰. Para los iuspositivistas el resultado fue dividido, pues bien, para unos significó un nuevo *leitmotiv* para refutar cualquier posible relación entre el derecho y la moral, mientras que para otros, la aceptación de un cierto grado o posibilidad de relación representó un nuevo camino para reformular sus teorías y adecuarlas al paradigma recién adoptado. En este corte, otros tantos filósofos del derecho rechazaron cualquiera de las dos clásicas de denominaciones –iuspositivistas o iusnaturalistas– sin tampoco reputarse “realistas”, aunque han llegado a ser denominados; por otros, como “principalistas”¹³¹, “anti-positivistas” o “post-positivistas”¹³².

De tal manera, el debate surge de la caracterización que Dworkin realiza del positivismo jurídico y su crítica a éste por no poder considerar otros estándares que no funcionan como reglas, tales como los principios y las políticas (públicas)¹³³. Para Dworkin, el positivismo se caracteriza por conceptualizar al derecho como:

- a) Un sistema de reglas que se identifican por la forma en que fueron adoptadas para su validez, es decir, por su pedigrí.
- b) Un sistema de reglas que es exhaustivo de “el derecho”, y en cuyo caso no exista regla pertinente o ésta no sea clara, la

¹³⁰ Cfr. SALDAÑA, Javier, “El derecho natural y sus dimensiones actuales”, en VÁZQUEZ, Rodolfo (ed.), *Op. cit.*, pp. 130 – 133.

¹³¹ FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, trad. de Nicolás Guzmán, en *Doxa*, N° 34, 2011. p. 20.

¹³² Cfr., POZZOLO, Susana, “Notas al margen para una historia del neocostitucionalismo”, *Op. cit.*, p. 16.

¹³³ DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, *Op. cit.* pp. 22 – 24.

cuestión será decidida por un juez ejercitando su discreción para crear una nueva regla.

- c) Un sistema en el cual decir que alguien tiene una obligación jurídica significa que el caso caen en una regla jurídica válida que le requiere o prohíbe hacer algo.¹³⁴

La gran diferencia entre Hart y Dworkin se encuentra en su postura epistémica para observar al derecho. Aunque Hart niegue que su teoría rechace la existencia de principios u otros estándares en el derecho –puesto que nada en su libro lo hace¹³⁵– y reconozca, como lo hacían Austin y Bentham, que una determinada regla puede incorporar explícitamente, como criterio último de validez, principios de justicia o valores morales sustanciales que además podrían constituir el contenido de límites jurídicos constitucionales¹³⁶, su visión para teorizar el derecho sí se enfoca casi exclusivamente en las reglas como resultados de prácticas sociales y la relación entre éstas por su tipo, como primarias y secundarias, y dentro de las últimas una de reconocimiento que determina la validez última del sistema¹³⁷, sin enfocar necesariamente el contenido, sino sólo por la constatación de la existencia de las reglas y el hecho que crea la regla pero no lo que ésta conlleva; pues aunque Hart sostenga que una regla pueda incluir explícitamente –aunque no de forma necesaria– una referencia a la moral o a la justicia¹³⁸, de ésta no se podría desprender una adscripción, siquiera contingente, de relación entre el derecho y la moral, dado que es la regla y la validez de su constitución –conforme a otra regla– lo que constituye la juridicidad, no la referencia al valor moral o a la justicia que ésta presenta.

¹³⁴ *Ídem*, pp. 17 – 18.

¹³⁵ HART, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, IJ-UNAM, México, 2000. p. 43.

¹³⁶ *Cfr. Ídem*, p. 22 e *Ídem.*, “Positivism and the separation of law and morals”, *Harvard Law Review*, N° 4, vol. 71, 1958, p. 599.

¹³⁷ *Ídem*, pp. 117 – 118.

¹³⁸ HART, H. L. A., *Op. cit.*, pp. 229 – 230.

Considero que el foco del problema se comprende mejor a partir del desarrollo y explicación del problema de la “textura abierta”, donde el profesor oxoniense señala que ante la ambigüedad o penumbra en el lenguaje en que se expresa la regla, el juez se encuentra en la necesidad de recurrir a su discrecionalidad para resolver la cuestión, en cuyo caso, la juridicidad de su actuar se derivaría de la regla que lo habilita a ejercer su criterio sin contradecir claramente el núcleo central de significado que contienen los términos en que ha sido expresada¹³⁹. De tal modo, si un sistema de reglas incluye criterios morales o de justicia, esto no debe confundirse con su estatus jurídico dado que ello no impediría que con base a éstas se persiguieran fines perversos o decisiones judiciales moralmente reprochables que mantendrían su condición de “derecho” positivo¹⁴⁰.

Puede decirse que lo anteriormente expuesto es lo que en verdad deja insatisfecho a Dworkin sobre el positivismo jurídico y lo incita a ofrecer una respuesta alternativa. El profesor neoyorkino considera que la filosofía del derecho debería ocuparse de la justificación de los casos difíciles, no como una mera cuestión lingüística acerca de si los jueces siguen las reglas, sino por las preocupaciones prácticas que esto conlleva. Por ello, considera que la teoría jurídica habría de responder tales interrogantes, y el modo que encuentra de hacerlo es explorando la naturaleza de los argumentos morales esgrimidos en el derecho¹⁴¹.

De modo que el aspecto que distingue a la teoría *dworkiniana* es el énfasis que pone en la fase argumentativa del derecho como aspecto distintivo de su práctica. En este sentido, Dworkin destaca el papel de los principios y las políticas como pautas distintas a las reglas; y en particular, el papel que cumplen los

¹³⁹ *Ídem*, p. 163 – 167.

¹⁴⁰ *Ibíd.*, *Essays in jurisprudence and philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983. pp. 352 – 353.

¹⁴¹ DWORKIN, Ronald, *Op. cit.*, pp. 5 – 8.

primeros como estándares de corrección moral¹⁴² en la argumentación y justificación de decisiones jurídicas, más específicamente en su dimensión judicial. Todas estas consideraciones presentarían al derecho como un sistema más completo y coherente que resuelva conforme a sus propios postulados y – contrariamente a lo expuesto por Hart– no conforme a una regla creada *ad hoc* para el caso mediante la discreción judicial¹⁴³.

Para esto; adelantándose a posibles objeciones, Dworkin especifica que los principios son distintos de las reglas en cuanto a su configuración y a su operatividad argumentativa. Pues, mientras las reglas tienen una configuración definida y determinan la solución en una dirección concreta, los principios son abstractos y requieren ser ponderados con otros para determinar su correcta aplicación al caso e cuestión, por lo que también es importante señalar que, en este orden de ideas, las reglas se aplican “todo o nada” mientras que los principios no se desechan sino que se adaptan mediante un balance sobre su peso conforme al caso concreto orientando la decisión mas no determinándola. Otro aspecto fundamental es la diferencia que se plantea entre la obligatoriedad que cada estándar profesa. En el caso de los principios, es posible decir que un juez no los observó y que sin embargo su decisión es jurídicamente obligatoria¹⁴⁴. En este caso, se podría hablar de una sentencia errónea¹⁴⁵. Pero no es el mismo caso con las reglas, las cuales sólo dejan de ser vinculantes cuando existe una regla que determina que no es aplicable o, respecto de los principios, cuando se demuestra que de su inaplicabilidad o modificación se avanzará en el propósito determinado por un principio, o cuando se demuestra que de la persistencia en su aplicabilidad la decisión se estaría alejando de la doctrina, conformada en su gran

¹⁴² *Ídem*, pp. 23 – 24.

¹⁴³ *Ídem*, pp. 31 – 34.

¹⁴⁴ *Ídem*, pp. 25 – 28.

¹⁴⁵ *Ídem*, p. 34.

mayoría por principios, cuales la supremacía legislativa o la exigencia de observar los precedentes¹⁴⁶.

En conclusión, la propuesta de Ronald Dworkin presenta al derecho como integración, por cuanto rechaza la exclusividad de las reglas –y en particular de una regla de reconocimiento– como estándar último y exclusivo de validez¹⁴⁷, y demanda considerar otros estándares como propios del fenómeno jurídico por cuanto a que se presentan como estándares para la determinación de la corrección de una decisión, así como también explican el porqué del cambio de criterios judiciales¹⁴⁸. Tomando esto en cuenta, la teoría presenta una relación necesaria con la dimensión moral y la pretensión de justicia que contiene los principios.

1.4 Posturas resultantes.

Consecuencia del arduo ataque de Ronald Dworkin –secundado en el ámbito continental por Robert Alexy– al positivismo jurídico como incapaz de sostener una adecuada conceptualización del derecho y de sus dimensiones morales establecidas en derechos y deberes jurídicos, así como el especial énfasis que prestan éstos como principios en un orden constitucional, el plano de la filosofía y las teorías del derecho comenzó a fragmentarse en distintas corrientes, todas ellas resultado de una postura tomada ante la crítica al positivismo, ya fuera para defenderlo como para rechazarlo en su papel de proporcionar una adecuada herramienta para la conceptualización y explicación del fenómeno jurídico. No obstante, lo principal a destacar, me parece, es que sin importar la postura que se asumiera, todas encontraron la necesidad, explícita o tácita, de abordar el tema de los *principios* como parte de la explicación conceptual del derecho; bien fuera para ponerlos al interior o al exterior del

¹⁴⁶ *Ídem*, pp. 37 – 38.

¹⁴⁷ *Ídem*, p. 47.

¹⁴⁸ *Ídem*, p. 40 – 41.

sistema, y asumieron el reto en el debate de otorgar una explicación –en alguna medida– de éstos conforme a la postura teórico-epistemológica que defendieran.

Dentro del ámbito anglosajón, pero con fuertes repercusiones en el marco continental, las respuestas que se presentaron para defender al positivismo como el planteamiento teórico que se mantenía adecuado para la descripción y conceptualización del derecho se plantearon en dos líneas. La primera, por orden cronológico, refiere al positivismo jurídico excluyente, planteado y primordialmente defendido por Joseph Raz, cuya postura que cualquier relación conceptual entre el derecho y la moral, y aunque presenta una suerte de explicación de las dimensiones morales en el derecho y cómo éste puede encontrarse en la práctica con aquéllas, rechaza fervientemente, no obstante, la necesidad de relacionar cualquier dimensión moral con la jurídica, argumentando que ello nublaría la comprensión adecuada de los fenómenos jurídicos.

La tesis positivista alterna, el positivismo jurídico incluyente, difícilmente puede decirse que nazca en un momento y por un sólo autor que tomase el estandarte como propio. Sin embargo, dos cuestiones fundamentales se pueden mencionar como propicias de esta postura. La primera, el que al inmiscuirse en “el debate”, varios de estos autores tomaron como ciertas y oportunas varias de las tesis de Dworkin, principalmente aquellas que refieren a la dimensión moral que ciertos estándares jurídicos presentan; no obstante, consideraron que el positivismo podía afrontar esto y continuar siendo una postura más adecuada para la conceptualización del derecho si tan solo se reformulaban algunos de sus planteamientos. La segunda toma como referencia al propio H. L. A. Hart como estandarte del positivismo anglosajón quien, en respuesta a las críticas que Dworkin había realizado a su teoría, póstumamente en el *Postscript* a la segunda edición del *Concept of Law*, señala que su doctrina bien puede ser considerada como *positivismo suave*, por cuanto considera que la regla de reconocimiento podría incorporar como criterios de validez la conformidad con criterios morales o

valorativos sustantivos y, en tal tenor, no constituiría una teoría de meros hechos.¹⁴⁹

La nueva corriente que tomaría fuerza en el ámbito continental – particularmente en el ámbito ítalo-hispanoamericano– sería el neoconstitucionalismo, cuya denominación es acuñada en 1998 por Susana Pozzolo para referirse a un grupo de iusfilósofos que, si bien no se reconocen a sí mismos como un movimiento unitario, comparten un peculiar modo de acercarse al derecho que no parece iusnaturalista, y al que la autora denomina “anti-positivista” pues se caracterizan por sus posturas opuestas a las paradigmáticas del positivismo jurídico en relación a los temas: principios *versus* reglas, ponderación *versus* subsunción, constitución *versus* legislación, y judicial *versus* legislativo¹⁵⁰, así como, en particular, tomar como punto de referencia de la operatividad del derecho a la constitución no sólo como norma fundamental formal, sino material en un sentido axiológico, densa en cuanto a sus contenidos morales y que se caracteriza, particularmente respecto de los derechos fundamentales que consagra, por una regulación principialista que no especifica las posibles colisiones entre los derechos que ésta contiene y que irradian al sistema jurídico, ni las condiciones de procedencia de uno sobre otros, lo que implica la inminente necesidad del método de la ponderación para su aplicación en los casos concretos, lo que significa una forma de argumentar donde se construye una jerarquía móvil de acuerdo a las circunstancias del caso concreto¹⁵¹.

¹⁴⁹ HART, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, IJ-UNAM, México, 2000 p. 26 y ETCHEVERRY, Juan B., *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*, IJ-UNAM, México, 2006. p. 2.

¹⁵⁰ Cfr. POZZOLO, Susana, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, trad. de Josep M. Vilajosana, en *Doxa*, N° 21, vol. II, 1998, pp. 339 – 353 e *Ídem*, “Notas al margen para una historia del neocostitucionalismo” trad. de Mar Fernández Pérez, en POZZOLO, Susana (ed.), *Neoconstitucionalismo, derecho y derechos*, Palestra, Lima, 2011. pp. 16 – 18.

¹⁵¹ BERNAL PULIDO, Carlos, *El neoconstitucionalismo a debate*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2008. pp. 11 – 13.

En el mismo ámbito espacial aparece aparejado al neocosntitucionalismo, pero como postura teórica opuesta, el garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli que, al igual que su contraparte, toma como punto de partida de su caracterización del derecho a la constitución y su peculiar énfasis en los derechos humanos (fundamentales) que ésta consagra, no sólo en su dimensión descriptiva, sino en la normativa¹⁵² u operativa. Sin embargo, a pesar de las semejanzas de las que parten es fundamental enfatizar el punto epistémico en el que se distinguen sendas posturas. Se suele señalar que lo que distingue al garantismo como teoría jurídica¹⁵³ en oposición a su contraparte neoconstitucionalista, es que se plantea como una postura del positivismo metodológico¹⁵⁴, lo que significa que aborda al derecho como objeto de estudio tal cual es y en ningún momento como debería ser¹⁵⁵, rechazando cualquier referencia a la moral o a las posibilidades valorativas como forma de acercamiento al estudio del fenómeno jurídico. Sin embargo, probablemente tal caracterización, como distintiva de su opuesto, puede no ser del todo exacta, pues si bien es cierto que algo que distingue al neocosntitucionalismo es su aceptación de la moral como parte del fenómeno jurídico y que algunos de sus defensores (no todos) se comprometen con valoraciones morales sustantivas, es un punto común de partida de todos reconocer al derecho tal cual es o a partir de los hechos y no sólo de los valores como si éstos provinieran de alguna fuerza racional que debiera ser considerada como 'derecho' independientemente de las normas que componen el sistema o de los actos de sus operadores. En todo caso,

¹⁵² FERRAJOLI, Luigi, "Los derechos fundamentales en la teoría del derecho" en DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (eds.) *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4ª ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Antonio de Cabo, Miguel Carbonell, Lorenzo Córdova, Marcos Criado y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2009. pp. 148 – 149.

¹⁵³ Es importante destacar que, conforme a su formulador, Luigi Ferrajoli, el garantismo tiene dos dimensiones, una estrictamente jurídica y otra política. Desde la primera se presenta como una teoría del derecho, desde la segunda asoma su visión al fenómeno jurídico desde el balcón de la crítica política. *Cfr.* SALAZAR UGARTE, Pedro, "Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente" en VÁZQUEZ, Rodolfo (ed.), *Op. cit.*, pp. 263 – 265.

¹⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1995. p. 854.

¹⁵⁵ BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Fonatamra, México, 2009. pp. 46 – 48.

considero que la distinción fundamental se encuentra en la racionalidad o lógica que sendas posturas asumen. Al negar toda posibilidad de realizar valoraciones a partir de parámetros morales, el garantismo asume como propia una lógica deductiva formal en la cual el sistema, en sus normas, presenta las premisas como enunciados cerrados para que funcionen como operadores deónticos consecuentes relacionados entre sí y a partir de los cuales se pueden hacer clasificaciones para entender su interrelación sistemática en la cual a partir de que un operador se presente de la manera Pp (permitido que p) se entiende que por necesidad se relaciona con todas las normas que señalen $\sim P\sim p$ (no prohibido que p); de modo que la labor del juzgador al aplicar el derecho no tendrá nada que ver con valoraciones en la realización del derecho, lo que significaría crear nuevas normas sobrepasando sus funciones e invadiendo la esfera de acción del legislador democrático, para el garantismo los valores y principios ya están presentes en el sistema normativo, funcionan como *principios regulativos*, particularmente a partir de su catálogo de derechos fundamentales, y las funciones del juez estrictamente delimitadas, de modo que su deber se limita a aplicar las normas en su interrelación jerárquica y lógica, así como denunciar antinomias y lagunas, mas no corregirlas o solventarlas, pues estaría legislando superando su función y rompiendo con el principio de separación de poderes propio del Estado Constitucional¹⁵⁶.

Por su parte, el neoconstitucionalismo no se encuentra en verdad lejos del primer acercamiento que el garantismo realiza al observar al derecho. Por línea general también considera a los valores morales como ya incorporados en el sistema normativo, igualmente a partir del denso contenido moral que las constituciones contemporáneas incorporan particularmente a partir de su catálogo de derechos fundamentales. Sin embargo, esta postura se asume como mucho más activa, haciendo hincapié sobre la amplia abstracción con la que por necesidad se encuentran formulados estos derechos, y la imperfección del sistema para regular todos los casos y sus particularidades en sus leyes

¹⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi y RUIZ MANERO, Juan, "Un diálogo sobre principios constitucionales", *Doxa*, N° 34, 2011. pp. 368 – 369.

secundarias. A partir de ello, el neoconstitucionalismo aprehende una lógica más compleja que permite realizar operaciones inductivas conforme a los factores del caso en cuestión para confrontarlos con la norma de derechos fundamentales respectiva y, con todos elementos considerados, generar un enunciado normativo que funcione como la premisa más adecuada para generar un silogismo que garantice en la mayor medida posible que se cumpla el objetivo moral de la protección del derecho en cuestión respecto del caso concreto. Siguiendo la línea *dworkiniana*, los neoconstitucionalistas admiten que este proceso es bastante más complejo que lo anteriormente descrito, sin embargo encuentran dos virtudes teóricas en éste: la primera, que refleja con mayor exactitud el proceso de mediante el cual los jueces crean sus resoluciones; y la segunda, que realizado de manera adecuada –puesto que existen los parámetros para controlar la racionalidad de la decisión– este proceso presenta las condiciones más adecuadas para la efectiva protección de los derechos de los ciudadanos.

De este modo, se puede observar que tanto neoconstitucionalismo como garantismo avanzan en la teoría jurídica respecto de las anteriores concepciones teóricas. El garantismo no permanece mudo al problema de la “textura abierta” y rechaza fuertemente la posibilidad de la discrecionalidad judicial sosteniendo que el catálogo de derechos presta propiedades operativas lógicas para su correcta interpretación y aplicación, y aún en casos excepcionales donde tales condiciones no se presenten, ante antinomias o lagunas, el aplicador del derecho habrá de abstenerse de ejercer su criterio, para denunciar tales anomalías y exigir al legislador las subsane, manteniendo así el principio de separación de poderes que caracteriza al Estado de Derecho¹⁵⁷. El neoconstitucionalismo, por el contrario, en términos generales considera que el problema de la “textura abierta” se encuentra muy presente en la práctica jurídica ante la aplicación de las normas, y observa que no necesariamente se encuentran criterios estables de interpretación que cualifiquen sin complejidad su operatividad racional, particularmente debido a la abstracción característica en que se encuentran formulados los principios que sostienen los derechos por lo que, con el propósito de materializar tales exigencias

¹⁵⁷ SALAZAR UGARTE, Pedro, *Op. cit.*, pp. 276 – 277.

del Estado de Derecho Constitucional, los aplicadores del derecho habrán de realizar una práctica ponderativa que sopesa los valores en juego interpretando conformemente los dictados normativos a su mejor luz¹⁵⁸.

Todas las posturas teóricas presentadas pretenden ser la mejor caracterización posible del derecho contemporáneo. Algunas son más ambiciosas en sus pretensiones que otras. Unas aceptan factores que otras rechazan. Pero la cuestión que parece primar actualmente como criterio de validez es ver cuál responde de manera más adecuada a las exigencias y prácticas que los sistemas jurídicos contemporáneos demandan.

¹⁵⁸ *Ídem*, p. 278.

Capítulo 2. El derecho ante el paradigma del constitucionalismo.

El derecho occidental contemporáneo indubitadamente gira en torno a la primacía de la Constitución como norma suprema. Esto no es del todo novedoso, la idea de una norma suprema que otorgue validez a todas las subsecuentes se encuentra bien arraigada desde el siglo XIX, y es menester recordar que esta concepción se encuentra aparejada al liberalismo político en cuanto éste ve en la Constitución no sólo un documento de validez jurídica sino un instrumento que consagra los derechos de los ciudadanos, con lo que adquiere una valoración sustantiva fuerte. Sin embargo, no obstante una figura tan poderosa y simbólica se encuentra arraigada desde hace un lapso considerable de tiempo, ésta no ha acabado de ser la solución última respecto de las expectativas que se tienen de los sistemas jurídicos aun en la actualidad. Con constitución tanto como sin ella, se han observado horribles violaciones a los derechos humanos, dictaduras investidas de una supuesta legitimidad democrática y, en general, terribles barbaries.

Seguramente no de todo se puede culpar exclusivamente al derecho y a la ciencia jurídica, pero también es cierto que, en distintos niveles, ambos algo deberían poder decir al respecto, pues varios de estos fenómenos han sido constituidos bajo las formas legales y la teoría debe de poder dar explicación de los sucesos que se encuentran investidos bajo tal adjetivo. De modo que es posible esperar que, si el derecho sirve para múltiples fines, y uno de ellos indudablemente es la protección de los derechos humanos, se espere sirva con fuerza a este fin. Y si la teoría observa al fenómeno para explicarlo, algo podrá decir sobre cómo el derecho podría operar para tales fines.

Desde entonces, gran parte de la respuesta a las cuestiones anteriormente planteadas se encuentran englobadas bajo el término *constitucionalismo*, que si bien ha trazado coordenadas, algunas más claras que otras, ha evolucionado, incorporando y desechando elementos.

De tal modo, el presente capítulo busca no sólo hacer un recuento amplio de los caminos recorridos desde la instauración de la Constitución como paradigma de norma superior dentro de un sistema jurídico y del constitucionalismo como idea que permea en sentido político lo jurídico para la limitación del poder¹⁵⁹, donde toda la operatividad del orden y el razonamiento de éste se centra no sólo en el documento que supone la *Carta Magna* como norma superior sino también por su valor intrínseco en cuanto a los derechos que ésta garantiza y busca proteger. De tal modo, Constitución –como un hecho normativo que da identidad a un ordenamiento jurídico¹⁶⁰– y constitucionalismo –como doctrina– han parecido generar una simbiosis difícilmente separable que no solo permea la estructura jurídica hasta su última norma, sino también un fundamento normativo para la política y la administración y, en el mismo tenor, el eje de todo razonamiento judicial. Establecido esto, este apartado del trabajo también busca hacer hincapié en los elementos del constitucionalismo y su evolución que han llevado a su actual concepción y, particularmente, a tornarse –de distintas maneras– en uno de los puntos centrales de debate de la teoría del derecho, tanto en una visión descriptiva de ésta como en la posibilidad de una teoría normativa.

La idea que subyace a tal ejercicio es que, una vez que se discernan bien los elementos normativos del constitucionalismo contemporáneo se podrán trazar líneas más sólidas sobre las que se pueda trabajar desde el ámbito de la teoría para que ésta responda de la manera más adecuada tanto sobre la conceptualización del fenómeno jurídico como de su operatividad, así en la medida en que señala parámetros del ejercicio adecuado como un elemento de crítica sólida cuando éstos no se observan.

¹⁵⁹ Incluso Carlo Galli define al constitucionalismo como un conjunto de teorías y prácticas de limitación del poder [Cfr. GALLI, Carlo, *El malestar de la democracia*, trad. de María Julia De Ruschi, FCE, México, 2013. p. 31]. Mientras que Pedro Salazar Ugarte señala que el constitucionalismo es una forma particular de concebir al conjunto de reglas que forman parte de una constitución, donde ésta tiene como finalidad limitar al poder político para proteger los derechos fundamentales individuales. [Cfr. SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional*, FCE/IIJ-UNAM, México, 2006. p. 72].

¹⁶⁰ SALAZAR UGARTE, Pedro, *Ídem*.

2.1 El camino del constitucionalismo a su estado actual.

Como se insinuó en el apartado anterior, *constitución* y *constitucionalismo* no son equivalentes. Aunque el segundo necesariamente presupone al primero, no se puede decir lo mismo a la inversa. Y es que, por *constitución* podemos entender a cualquier norma que suponga la cúspide e identidad de un sistema jurídico sin importar el contenido de ésta. Pero no sucede lo mismo con el término *constitucionalismo* que, en cambio, designa una forma particular de concebir estas reglas, donde la norma suprema no puede incluir y excluir cualquier contenido, sino que se le distingue en lo particular por el catálogo de derechos fundamentales que reconoce y garantiza a sus ciudadanos. De este modo, no cualquier *constitución* puede ser objeto del *constitucionalismo*¹⁶¹. Esto indudablemente nos lleva a un primer gran foco de la idea a la que nos referimos y que, no obstante, nos señala que en los orígenes de lo que hoy llamamos *constitucionalismo*, el término “*constitución*” fue asimilado con una fuerte carga axiológica. Cuando volvemos la mirada a un documento tan trascendente producto de la Revolución francesa como lo es la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 la idea anterior se ilustra de manera clara, pues ésta, en su artículo 16, contundentemente sentencia: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene *constitución*”.¹⁶²

La separación conceptual contemporánea realizada sobre uno y otro término necesariamente debe ser considerada como un gran avance tanto de la doctrina constitucional como política, pues una ciega confusión bien podría aducir a graves problemas que lograrían derivar en una irrefutable legitimidad tácita del documento constitucional –sin importar el valor intrínseco de su contenido– a partir de una doctrina que simplemente realce su valor como norma suprema. El fenómeno al que refiero tiene una explicación análoga en la exposición del

¹⁶¹ *Ídem*, pp. 72 – 73.

¹⁶² *Ídem*. p. 84.

positivismo ideológico presentada por Norberto Bobbio, donde se infiere la obediencia del derecho sin importar su contenido, pues éste es mejor que la anarquía en la que no se saben cuáles son las reglas a las que hay que ceñirse¹⁶³. En este caso, otorgar un valor a la constitución simplemente por ser norma suprema y presentar un catálogo de derechos y de ello promover una obediencia ciega al orden que ésta sustenta podría ser muy peligroso; y de hecho lo ha sido.

Considero que una primera acepción de proto-*constitucionalismo* moderno puesto en práctica es observable en la postura sostenida por la *Escuela de la exégesis* francesa. Sobre ésta ya se ha mencionado algo fundamental, que ampliamente proponía la aplicación estricta de los postulados del Código Civil y para ello proponía un método de interpretación literal y gramatical escrupuloso que expusiese el verdadero significado de la ley. Y si bien ésta es una concepción sobre la práctica de la interpretación jurídica para su aplicación, es importante destacar que detrás se encontraba también la concepción ideológica liberal sobre el derecho que había sido promovida por el movimiento ilustrado francés y consolidada en la *Declaración*, que encontraba en el Código una forma de consagración racional de estos ideales para el derecho civil, y respecto del cual de los jueces se esperaba, como profesó Montesquieu, fueran “boca de la ley”¹⁶⁴.

De modo que, como señala Rodolfo L. Vigo: “El pensamiento exegético usufructuó el éxito que acompañó a los ideales revolucionarios, los que habían sido incorporados al *Code*”¹⁶⁵. Por ende, siendo el derecho un producto racional, sistematizado en un código, y sus contenidos propios de las ideas de los derechos naturales que inspiraron la Revolución francesa, se exigía de los juristas una estricta aplicación de las leyes que obedecía a dos premisas: la exacerbación de la racionalidad científica que conllevaba la sistematización del Código, y la

¹⁶³ BOBBIO, Norberto, *Op. cit.*, pp. 45 – 46.

¹⁶⁴ TREVES, Renato, *Introducción a la sociología del derecho*, trad. de Manuel Atienza, Taurus, Madrid, 1978. p. 124.

¹⁶⁵ VIGO, Rodolfo L., *Op. cit.*, p. 147.

exigencia de no sobre pasar la división de poderes interfiriendo con la voluntad del legislador democrático¹⁶⁶.

La noción fetichizada de las leyes como portadoras precisas e inherentes de los valores democráticos-liberales no tardó en ser denunciada por su imposibilidad de materializar sus resultados y las arbitrariedades que se encubrían bajo la manta de la “interpretación exegética”. François Géný sería el jurista francés más prominente en señalar tan grave irregularidad y marcar el fin de la *exégesis*. Géný sostiene que “los elementos puramente formales y lógicos que se presentan a los juristas en el aparato exterior clásico del derecho positivo son insuficientes para satisfacer los *desiderata* de la vida jurídica”¹⁶⁷, apelando que consecuentemente la jurisprudencia debe buscar fuera y por encima de tales elementos los medios para cumplir su misión. De modo que esta postura aboga por la investigación científica libre, considerando al ordenamiento como incompleto e insuficiente, exigiendo descubrir los elementos objetivos que determinan todas las soluciones demandadas por el derecho positivo¹⁶⁸.

De esta forma parece encontrarse una primera aproximación en la que concepto del *constitucionalismo* –como conjunto de valores a los que se aspira– comienza a separarse de la inherencia de la ley, sosteniendo que tales metas no se alcanzarían por medio de ninguna interpretación literal y una actitud mecanicista de los jueces en su aplicación. La ley, en la concepción de Géný, es apenas un punto de partida que comprende algún valor, y para su materialización es necesario apelar a la racionalidad de la solución presentada, para lo cual es viable encontrar bases sólidas en los elementos objetivos que la ciencia puede revelar. En este tenor, el jurista francés se hace de la prolífera y vaga noción de la “naturaleza de la cosa” señalando que “[t]odo intérprete del derecho positivo, debe contar con las aspiraciones de la razón y la conciencia para escrutar el misterio de

¹⁶⁶ DÍAZ, Elías, *Sociología y filosofía del derecho*, 2ª ed., Taurus, Madrid, 1980. pp. 107 – 109.

¹⁶⁷ Citado en TREVES, Renato, *Op, cit.* p. 124.

¹⁶⁸ *Ídem.*

los justo antes de descender al examen de esta naturaleza de las cosas positivas, que precisará su diagnóstico y pondrá en acción los principios racionales”¹⁶⁹ advirtiéndole que existen principios de justicia, revelados por la razón o la conciencia moral y, por ende, la preocupación central de la jurisprudencia ha de ser, con ayuda de la verdad, descubrir el bien que constituye propiamente lo justo¹⁷⁰.

En el transcurso inmediato a la instauración de los regímenes democráticos, no obstante la convicción de su conveniencia, se vivieron procesos de inestabilidad bastante densos. En particular, en Francia, ante la radical Constitución jacobina de 1793 y la Constitución de la Segunda República de 1848, y el gran poder que acentuaban sobre el Poder Legislativo, se reclamó la dictadura ejercida so pretexto de ser el representante democrático de la soberanía popular, prácticamente eliminado a los otros poderes, y subordinando permanentemente a su voluntad la reforma del texto. Razón por la cual, a inicios del siglo XX, es ampliamente reducida la vena “democrática” que otorgó poder desmesurado al legislador¹⁷¹.

En la línea que seguiría el *constitucionalismo* histórico, es importante destacar que aunque la Constitución de la República de Weimar de 1919 es uno de los primeros documentos jurídicos liberales promulgados del siglo pasado que representaron el paradigma de la democracia constitucional¹⁷² –y varios de los ideales históricos detrás de este concepto como derechos individuales, separación de poderes y Estado de Derecho– ésta, técnicamente permaneció en vigor durante el *Tercer Reich*¹⁷³ sin impedir las masacres y actos inhumanos que todos

¹⁶⁹ Citado en VIGO, Rodolfo L., *Op. cit.*, p. 162.

¹⁷⁰ *Ídem.*

¹⁷¹ FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución, Op. cit.*, p. 148.

¹⁷² SALAZAR UGARTE, Pedro, *Op. cit.* pp. 59 – 60.

¹⁷³ En la doctrina constitucional alemana este problema se atribuye a la tendencia sostenida en la primera mitad del siglo XX de considerar a los derechos contenidos en el texto constitucional como meramente programáticas, es decir, no verdaderamente vinculantes, dado su carácter abstracto y su enunciación no estrictamente normativa. *Cfr.* BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos*

conocemos. La pregunta que cabría hacerse es ¿en qué falló el constitucionalismo y su dictado para la aplicación del derecho por parte de los juristas?

Maurizio Fioravanti señala que la respuesta constitucional a la desmesura del Legislativo significó inicialmente una limitación de los poderes de éste hasta el punto en que se pudo afirmar que por un periodo, en Europa, dejó de existir la *constitución democrática*¹⁷⁴. Y no fue hasta la instauración de la Constitución de Weimar en 1919 que se renueva la vena democrática constitucional, esta vez, no centrando todo su valor en el Poder Legislativo, sino en la idea de que ésta contiene las grandes decisiones del *poder constituyente*, enunciándolas en grandes normas de principio, sobre todo en materia de derechos e igualdad. El *poder constituyente* se situaba al inicio del texto y era ejercido por el pueblo alemán, despersonalizando el ejercicio de la soberanía como un poder que recaía en las personas del parlamento; siendo el conjunto de tales normas el verdadero y auténtico núcleo fundamental de la constitución, representando el aspecto más esencial e irrenunciable de ésta¹⁷⁵.

Ante semejantes cambios en la concepción del constitucionalismo inicia la búsqueda de los instrumentos institucionales necesarios para la tutela y realización de los principios fundamentales consagrados en la constitución, al menos en cuanto a la inviolabilidad de los derechos fundamentales y la consagración material del principio de igualdad manifiesto en los derechos sociales¹⁷⁶. De tal manera surgió la pregunta por quién debía ser el custodio de la constitución; debate primordialmente protagonizado por los afamados juristas Carl Schmitt y Hans Kelsen.

fundamentales, trad. de Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003. pp. 40, 61 – 62.

¹⁷⁴ FIORAVANTI, Maurizio, *Op. cit.*, p. 149.

¹⁷⁵ *Ídem*, p. 150.

¹⁷⁶ *Ídem*.

Al respecto, es importante considerar la advertencia de Letizia Gianformaggio, quien señala existía un retardo histórico en la época respecto del desarrollo del aparato conceptual que se mostraba insuficiente para resolver las cuestiones que se buscaban resolver, así como, que en el centro de tal debate, los argumentos técnico-jurídicos tenían un valor instrumental y no se presentaban como teóricamente neutros¹⁷⁷. De modo que Schmitt propugna por el titular del Ejecutivo, al cual la constitución misma hace el punto central del sistema plebiscitario como punto de contrapeso en el pluralismo entre los grupos de poder social y económico, rechazando la conceptualidad teórica y técnica propuesta por Kelsen de una jurisdicción especial e independiente en el ámbito de control de las leyes y los actos con fuerza de ley¹⁷⁸. Para Schmitt, la idea del control jurisdiccional de la constitución es producto de un equívoco en la representación del Estado que conlleva a la politización de la jurisdicción cuando se busca lo contrario. Esta idea se sostiene por la exigencia de distinguir objetivamente entre la ley y una sentencia judicial, de modo que no se puede esperar que un órgano sea juez y parte decidiendo sobre las mismas normas que se supone debe observar¹⁷⁹.

Por el otro lado, hay que recordar que Kelsen ve a la sentencia judicial como una norma jurídica individualizada que tiene validez conforme al mandato de una norma previa; de modo que la distinción entre el dictamen de un juez y la norma emanada del legislador es relativa, siendo ambas normas provenientes creadas por distintas fuentes. Este factor de relativización entre la producción y la aplicación del derecho es el que hace dinámico al ordenamiento jurídico y a su vez debilita las connotaciones valorativas del concepto de ley. De modo que el jurista austriaco no encuentra dificultad en la noción de un órgano jurisdiccional independiente (tribunal constitucional) que revise la conformidad de las normas

¹⁷⁷ GIANFORMAGGIO, Letizia, *Estudios sobre Kelsen*, trad. de Tomás Serrano Coronado, Pablo Larrañaga y Paolo Comanducci, Fontamara, México, 2002. pp. 10 – 11.

¹⁷⁸ *Ídem*.

¹⁷⁹ *Ídem*, p. 13.

entre dos niveles distintos, el constitucional y el de la legislación ordinaria, negando la posibilidad de que el Poder Ejecutivo ejerza tal función puesto que éste, conforme a la misma constitución, ejerce un papel contradictorio con tal ejercicio al tener funciones legislativas ordinarias en los poderes que le han sido investidos mediante la emisión de “reservas de ley” y la posibilidad de emitir “decretos-ley”¹⁸⁰.

Como es observable, la tensión entre sendas posturas refiere a una determinada concepción teórica del derecho y las contradicciones posibles entre la salvaguarda de los valores constitucionalmente consagrados y las funciones de los Poderes en para la consecución de éstos. Ambos propugnan por la neutralidad del órgano elegido para el control, pero ésta solamente es defendible desde un alto grado de abstracción y cierta confianza en su recta actuación. De modo que Schmitt sienta gran confianza en el titular del ejecutivo, al ser electo conforme a las vías democráticas, sería vigilante y vigilado, considerando a su legitimidad tan sólida que el Parlamento de presenta como una institución inútil¹⁸¹. Kelsen, por el contrario, considera a la deliberación parlamentaria como la manifestación institucional más alta, aunque imperfecta, de la libertad política y, siendo falible, encuentra necesario que ésta sea controlada a las limitantes que la constitución le impone¹⁸².

Respecto de la realidad histórica, Austria ya había instaurado su Tribunal Constitucional en 1920, mientras que en Alemania nunca se instauró un control de la constitucionalidad formalmente, simplemente se asumió que el parlamento habría de actuar los contenidos constitucionales, y se asumió tácitamente que el titular del Ejecutivo, como contrapeso, ejercía tal función por cuanto a la legitimada democrática de la que se encontraba investido al ser elegido directamente por el

¹⁸⁰ *Ídem*, pp. 14 – 16.

¹⁸¹ *Ídem*, pp. 16 – 17.

¹⁸² *Ídem*.

pueblo y por la relevancia de sus poderes, ligados principalmente a funciones de representación activa, no meramente simbólica, de la unidad del pueblo alemán¹⁸³.

Resultado de las atrocidades de los regímenes Nacionalsocialista y Fascista, se presenta una apuesta global por la consolidación de los derechos humanos y una tendencia generalizada a la instauración de tribunales constitucionales que, como Kelsen abogaba, revisaran y actuaran sobre la corrección del contenido de la legislación ordinaria de conformidad con la constitución y sus derechos, tanto de los que se encuentran expresamente contenidos en ella como de los que reconoce por vía de tratados internacionales. Siendo importante destacar que la independencia del o pertenencia al Poder Judicial respecto del órgano que ejerce dicha función es relativa conforme a la jurisdicción de cada Estado.

Este es el panorama actual del constitucionalismo, el cual, conforme a la teoría jurídica y constitucional, desde el inicio de la difusión de la instauración de los tribunales constitucionales, ha reavivado viejos cuestionamientos que surgen en el examen de tales funciones. Algunos problemas habían sido plantados con antelación y encontraron nueva vitalidad, mientras que otros nuevos se han presentado y continuado surgiendo, siendo posible decir que al respecto pocos se han resuelto –si es que en verdad alguno lo ha hecho– mientras que la mayoría siguen siendo fuente de intrigados y acalorados debates, tanto en el foro como en la academia.

Entre algunos de los cuestionamientos que se han presentado al respecto son varios y en distintos niveles, ya sean doctrinales o teóricos, por mencionar algunos de los más intrigantes, se pueden señalar: ¿puede ser una norma constitucional inconstitucional?, ¿qué criterio de interpretación ha de prevalecer para determinar la conformidad de una ley ordinaria conforme a un derecho abstracto presentado en forma de principio?, ¿en dónde o en quién descansa la legitimidad democrática?, en un conflicto entre derechos constitucionales ¿cuál es o ha de ser el criterio de validez que resuelva la disputa?, si lo preponderante en

¹⁸³ FIORAVANTI, Maurizio, *Op. cit.*, p. 151.

los ordenamientos jurídicos contemporáneos son los principios que sostienen a los derechos ¿el criterio último de validez del derecho es moral?, ¿esto significa el fin del positivismo como teoría adecuada para dar cuenta del fenómeno jurídico?, etc.

En los apartados siguientes se buscará presentar un análisis de distintos factores considerados relevantes para que, conforme lo expuesto hasta ahora, se tracen algunas coordenadas que permitan vislumbrar respuestas posibles y plausibles a varios de estos cuestionamientos, en particular a los que respectan directamente a la teoría del derecho.

2.2 El papel de la democracia.

Para cualquiera que busque dilucidarlo, el concepto de democracia y sus vicisitudes es ya problemático en sí mismo, y encontrará que en mucho depende de qué se entienda por éste y desde qué perspectiva se le abordé. Aun visto desde una perspectiva relativamente simple se pueden encontrar varias paradojas y su respuesta habrá de ser expuesta conforme a lo que se valore más adecuado. Así por ejemplo, aun si se define a la democracia tan simplemente como la decisión tomada por la mayoría surgen varios problemas, pues nada excluye que la generalidad decida en contra de la minoría impidiéndole posteriormente manifestar su opinión en sucesivas ocasiones. Aun si se solventa ese dilema, permanece la cuestión de si la decisión fue la más adecuada o si no hubo vicios que generaran que la mayoría adoptase una medida en su propio perjuicio¹⁸⁴. Y aun en un aspecto material, quedaría por resolver si la decisión fue democrática materialmente por cuanto a que ésta permite u obstaculiza una adecuada distribución de los bienes en la sociedad. Ante estas dificultades, queda claro que una respuesta que enfoque su solución en la mera formalidad de definir a la democracia como la “regla de la mayoría” es inaceptable por cuanto a que

¹⁸⁴ Otro cuestionamiento clásico en este sentido es la pregunta por si se puede considerar democrático modificar por mayoría la misma “regla de la mayoría” atribuyendo el poder de tomar decisiones obligatorias para la colectividad a un sola persona u oligarquía. *Cfr.* BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, 3ª ed., trad. de José F. Fernández Santillán, FCE, México, 2012. pp. 76 – 77.

deja de lado muchas de las expectativas primordiales que el mismo concepto de democracia promisoriamente engloba en su acepción contemporánea. De modo que es sencillo observar que el problema de la relación entre el concepto de democracia y el derecho es mayúsculo por cuanto, en primera instancia, no existe siquiera una teoría irrefutable de la primera.

Las respuestas que los teóricos del derecho y constitucionalistas han propuesto son muchas y de los más diversos tipos, algunas ya antañanas y otras novedosas, unas más plausibles que otras, pero en definitiva ninguna se ha mostrado como la irrefutable vencedora, aunque se han presentado acuerdos recurrentes que parecen guiar más en una dirección que en otra mientras persisten ciertas diferencias. Pero el hecho de que se puedan observar tendencias es ya un buen punto de partida para el análisis y el avance en la posibilidad de ofrecer respuestas que solventen las divergencias. De modo que se presenta oportuno desarrollar un análisis de tales tendencias para propugnar por ciertas soluciones.

Así, siguiendo la línea que ha imperado durante el siglo pasado y gran parte del presente para explicar la cuestión de la democracia relacionada con el derecho, la concepción tradicional del positivismo jurídico, e incluso una amplia corriente de la teoría política del siglo XX, ha puesto su foco de atención en la posibilidad de realización de la democracia a través de las leyes, normas jurídicas, es decir, ha presentado una teoría formal de la democracia donde ésta se genera a partir de las reglas democráticas preestablecidas y se garantiza primordialmente mediante éstas. Esta concepción y descripción formal de la democracia ha dado un buen primer plano de estima institucional, entendiéndose que es necesario y preferible a un sistema en que se prevean las consecuencias de la ley y no se preste a arbitrariedades abiertas, lo cual pone en un plano de igualdad *prima facie* a los ciudadanos. En este tenor, si bien la doctrina democrática supone irradiar los tres poderes del gobierno, continua poniendo su acento particularmente en el Poder Legislativo por cuanto representa al pueblo y a la decisión de la mayoría, subordinando a los otros dos poderes a las leyes emanadas de éste. El Poder

Ejecutivo para que gobierne conforme a las leyes, donde encuentre guía y límite en su actuar; y al Judicial, para que resuelva imparcialmente los conflictos en sociedad conforme a las leyes que se han promulgado y aceptado democráticamente.

La concepción de democracia anteriormente presentada ha sido identificada como procedimental y formalista, por cuanto no se centra en el resultado de la decisión sino que la asume democrática por haber obedecido al método en donde ya se encuentra determinado quién y cómo decide¹⁸⁵, donde el primero sería el pueblo por medio de la representación. Esta postura se caracteriza en el escepticismo ético¹⁸⁶ que cuestiona la posibilidad de encontrar racionalmente juicios últimos de validez, lo que constituye la igualdad de valor *prima facie* de una multiplicidad de posturas adversas para competir como el argumento que la mayoría juzgue más conveniente para sí, lo que sostenido en el plano social significa la implementación de la tolerancia y la vía idónea para autodeterminación política de la comunidad respecto de las reglas que desea le sean aplicables, lo cual sería valioso por sí mismo.

No obstante, el concepto de democracia parece quedar incompleto cuando simplemente se cierne sobre su dimensión regulativa para su consecución puesto que, aunque es posible observar las ventajas de su dimensión formal, esto no excluye varios de los dilemas que se han planteado inicialmente. El concepto de democracia parece abarcar algo más. En este sentido es importante abordar la distinción que hace Bobbio cuando señala que en la teoría democrática no hay que confundir a las reglas constitutivas con las regulativas¹⁸⁷, siendo las primeras las que defiende la necesidad de las segundas. De este modo, el jurista turinés señala adecuadamente que las reglas constitutivas pueden entenderse como las

¹⁸⁵ COMANDUCCI, Paolo, *Democracia, derechos e interpretación jurídica*, ARA Editores, Lima, 2010. pp. 69 – 70 y BOVERO, Michelangelo, *Contro il governo dei peggiori*, Laterza, Roma-Bari, 2000. p. 33.

¹⁸⁶ NINO, Carlos S., *Op. cit.*, pp. 50 – 51.

¹⁸⁷ BOBBIO, Norberto, *Op. cit.*, p. 78.

condiciones observables para evaluar el grado de democratización de un sistema, entre las que podríamos encontrar la protección de los derechos de libertad de asociación y de opinión¹⁸⁸.

Por ende, en otro sentido se llega a hablar de definiciones sustanciales de la democracia como aquella forma de gobierno que se distinguen por señalar qué o sobre qué se decide¹⁸⁹. Estas concepciones decididamente se pueden señalar como más ambiciosas o complejas, por cuanto no se conforman con el procedimiento, sino que se comprometen con el éxito de un resultado predeterminado con antelación y, por ende, presupone límites respecto de lo decidible¹⁹⁰. También es importante destacar que, considerando el compromiso con el éxito material en la consecución del fin predispuesto, esta postura apela a una interpretación amplia de las reglas establecidas e incluso a su inobservancia cuando se muestran inadecuadas. En cierto sentido, se podría decir que esta forma de aplicar la democracia demanda una revisión constante de las reglas y su adecuación para con los objetivos propuestos.

Aun cuando es fácil observar la conveniencia de mantenerse sobre la base de una definición formal de democracia por cuanto se presta a menos polémicas y mantiene su esencia firme, lo cierto es que, contrastada con las exigencias del derecho contemporáneo y sus características constituciones cargadas de un denso contenido valorativo, particularmente por medio de los derechos que consagran y encuentran primordiales defender, dicha concepción es difícil de sostener como la que mejor se corresponde y responde a la realidad¹⁹¹. Sin embargo, tales complicaciones no deben engañarnos en considerar que debemos de prescindir de la dimensión formal y simplemente arrojarnos a la búsqueda de resultados “democráticos” sin reglas que determinen quién y cómo decide pues,

¹⁸⁸ *Ídem*, pp. 82 – 83.

¹⁸⁹ COMANDUCCI, Paolo, *Op. cit.*, p. 70.

¹⁹⁰ *Ídem* y BOVERO, Michelangelo, *Op. cit.*, p. 34.

¹⁹¹ *Cfr.* DÍAZ, Elías, “Estado de derecho y legitimidad democrática” en DÍAZ, Elías y COLOMER, José Luis (eds.), *Estado, justicia y derechos*, Alianza, Madrid, 2002. p. 75 – 76.

por definición, la democracia es en principio formal, y así la democraticidad de una decisión se señala si ha sido tomada conforme al procedimiento determinado¹⁹².

De esta manera, la concepción que el derecho contemporáneo demanda de la democracia es mixta puesto que, por principio, no puede –e incluso no es deseable que lo intente– prescindir de su dimensión formal. Sin embargo, este concepto ha sido relacionado en su plano jurídico con otros tantos inherentes a las condiciones del Estado de Derecho Constitucional¹⁹³. Semejantes exigencias van desde la división de poderes hasta su compromiso con valores sustanciales constituidos en ciertos derechos, particularmente cuando éstos se presentan como límites en bien definidos en respuesta al denominado “argumento contramayoritario” en lo que ha sido definido por algunos autores como la “esfera de lo indecible”, en el caso de Ferrajoli, o el famoso “coto vedado” de Ernesto Garzón Valdés¹⁹⁴.

Ante este panorama, al abordar la cuestión de la democracia, las teorías contemporáneas propugnan por su dimensión sustancial. Pero, en qué sentido y cómo lo hacen es lo que resulta interesante.

La teoría *ferrajoliana* es destacada por su fuerte compromiso con la defensa de la democracia, señalando como insuficiente a la dimensión formal y abogando en favor de integrarla con una de carácter sustancia o de contenido. En este sentido, se puede señalar que el garantismo contiene una compleja teoría de la democracia, y se configura en su totalidad como una teoría del derecho de conformidad a ésta. De esta manera, para Ferrajoli, la democracia sustancial se identifica con precondiciones, límites y vínculos impuestos a los contenidos de la producción jurídica referentes a: qué no puede (legitimación sustancial negativa) y

¹⁹² BOVERO, Michelangelo, *Op. cit.*, pp. 34 – 35.

¹⁹³ COMANDUCCI, Paolo, *Ídem*.

¹⁹⁴ *Cfr.* VÁZQUEZ, Rodolfo, “Justicia constitucional, derechos humanos y argumento contramayoritario” en VÁZQUEZ, Rodolfo (ed.), *Op. cit.*, pp. 241 – 244.

qué no puede dejar (legitimación sustancial positiva) de decidirse¹⁹⁵. Tal sustancia la aportarían los derechos de libertad y los derechos sociales, mientras que la dimensión formal estaría compuesta por los derechos políticos o los derechos civiles¹⁹⁶. En el desarrollo del fenómeno jurídico, Ferrajoli admite que es más difícilmente realizable la dimensión sustancial al ser más difícil e imperfecta la realización de los derechos (primarios) en que se basa, y entre los cuales se podrían presentar conflictos generando antinomias o lagunas¹⁹⁷. No obstante, la existencia de conflictos o lagunas que imposibiliten su realización, no permite al juez actuar para subsanar el problema, en cuyo caso se violaría el principio de separación de poderes que sostiene el Estado de Derecho Constitucional y la consecuente democracia que propugna. En este sentido, la función democrática del juzgador se circunscribe a la sujeción a la ley limitándose a la interpretación de las normas a aplicar; pero jamás ejerciendo su discrecionalidad¹⁹⁸; en todo caso, denunciando las lagunas o antinomias para que las subsane el órgano democráticamente señalado para tal efecto, el legislador.

La concepción sustancial alterna se encuentra representada no uniformemente por las distintas posturas que pueden ser catalogadas de “principalistas”. Al no constituir una unidad teórica, es necesario señalar que cada autor relacionado con esta postura puede defender una concepción sustancial distinta de la democracia y encontrar diferencias significativas. Algunos incluso no tratan el tema o, de hacerlo, no profundizan demasiado en él. Sin embargo, considerando que defienden posturas afines conforme a su teoría del derecho, es posible también encontrar nociones concurrentes respecto de la democracia sustancial en relación con el fenómeno jurídico.

¹⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris*, vol. II, trad. de Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2011. pp. 27 – 28.

¹⁹⁶ *Ídem*, p. 21.

¹⁹⁷ *Ídem*, pp. 22 y 29.

¹⁹⁸ *Ídem*, p. 75.

Al igual que para la concepción garantista, para las posturas principialistas los derechos suelen estar sumamente ligados al plano democrático en el ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, para Ronald Dworkin, los derechos como expectativas protegidas, constituyen en sí un ideal democrático sustancial en el desarrollo del fenómeno jurídico dado que justifican la coerción únicamente mediante procedimientos que el pueblo ha elegido¹⁹⁹. Es decir, la democracia es parte inherente del valor sustantivo y principialista de los sistemas jurídicos liberales, de modo que, asumiendo a su dimensión constitutiva como parte axiológica de la constitución, toma a ésta como un criterio de corrección del derecho positivo cuando se muestra inadecuado en la concreción sustancial de la democracia, buscando reconciliar lo ideal con lo real²⁰⁰.

Tomando todo lo anterior en consideración, me parece que el carácter que distingue tajantemente sendas posturas teóricas respecto de la democracia como un valor sustancial se encuentra en el desarrollo de la práctica jurídica y el papel de los jueces al respecto. El garantismo observa la sustancia de la democracia en la existencia de ciertos derechos, y en esto no se distingue de las posturas neocosntitucionalistas o principialistas, por cuanto a que ambas buscan dar cuenta de esta dimensión del Estado de Derecho Constitucional. Sin embargo, en la teoría *ferrajoliana* el papel democrático de los jueces se encuentra estrictamente limitado por la doctrina de la división de poderes, donde el actuar democrático del juzgador es, decimonómicamente, exclusivamente ser pronunciar la ley, y un respecto máximo a ésta como producto de la deliberación de los representantes del pueblo en el parlamento. El juzgador tiene estrictamente sobrepasar su límite de enunciador de la ley positiva y embarcarse en una actividad de *lege ferenda*, dado que carece de legitimidad democrática para tal efecto. En esta perspectiva, no importa si en la ley se observan lagunas o antinomias que impidan la

¹⁹⁹ DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, trad. de Claudia Ferrari, Gedisa, Barcelona, 2008. p. 107.

²⁰⁰ ALEXY, Robert, "La doble naturaleza del derecho", trad. de Jorge Alexander Portocarrero Quispe, en BERNAL PULIDO, Carlos, *La doble dimensión del derecho*, Palestra, Lima, 2011. pp. 29 – 30.

realización de una expectativa democrática, al juez únicamente toca denunciar tal irregularidad para que el Poder Legislativo la subsane. Pero el efecto más dramático se puede encontrar en el problema de adecuación democrática del resultado de la ley; pues, no importaría que el juez perciba un resultado inequitativo o damnificador respecto de las expectativas democráticas, su papel está igualmente limitado a aplicar esa norma, la cual consta con la legitimidad necesaria de ser el resultado de un proceso que respeta el principio de la “regla de la mayoría”.

Por el contrario, la visión principialista, en general, avanza en las pretensiones democráticas del Estado de Derecho considerando que éstas fungen como un criterio de corrección y actualización constante de toda decisión, incluso las judiciales. Velar por la materialización de lo que sería la democracia sustantiva, bajo esta concepción, es un deber impuesto en el sistema jurídico para todos sus operadores, y en particular para los jueces por cuanto éstos significan la instancia última del derecho aplicable. De modo que, el actuar democrático del juez no se limitaría a ser “boca de la ley”, pues puede obviar la legitimidad democrática de origen de la norma si ésta se presta para un resultado que constituya una violación vehemente a los principios y derechos que constituyen la vida democrática. Es decir, el juez juega un papel activo, y tiene responsabilidad democrática independientemente del carácter no representativo de su investidura, por cuanto se encuentra obligado a velar por un resultado democrático, es decir, que se mantenga no sólo la dimensión regulativa sino también los principios constitutivos que hacen democrático a un Estado de Derecho.

Sendas posturas presentan buenos argumentos en favor de su defensa de la democracia. Sin embargo, considero que ante un análisis evaluativo de la realidad jurídica sobre distinciones teóricas es posible presentar argumentos que sostengan una postura como más adecuada para la defensa jurídica de la democracia que otra. En este sentido, el punto central de la distinción, me parece, se encuentra en la forma en que se aborda la doctrina liberal democrática en confrontación con la teoría jurídica.

La doctrina de la separación de poderes en el Estado de Derecho liberal se sustenta sobre la idea de delimitar correctamente la función de los poderes con el fin de que no se tornen abusivos y, a su vez, se controlen unos a los otros, garantizando los derechos de los ciudadanos. Sin embargo, cuando se contrasta la doctrina con la teoría jurídica y sus categorías formuladas sobre la base de la observación se encuentran fuertes contradicciones. De tal manera, el positivismo jurídico en general ha aceptado el problema de la indeterminación normativa²⁰¹ y ha aceptado que los jueces crean derecho con sus decisiones²⁰². Visto desde la perspectiva *kelseniana*, esto es inevitable dado que considera a la sentencia como una norma individualizada. La cuestión ha sido constantemente abordada por la teoría jurídica contemporánea como un fenómeno ampliamente constatado. En este sentido, es interesante señalar que dicha observación del positivismo ha sido bien aceptada por las teorías principialistas y, sin embargo, al parecer es rechazado por garantismo.

De tal manera, se podría señalar que el garantismo peca al incorporar dogmáticamente a la doctrina como parte de una teoría que no obstante promulga un positivismo metodológico que se caracteriza por su acercamiento al fenómeno como es, y no cómo debe ser. El principialismo, en cambio, aprehende el fenómeno de la indeterminación normativa y va más allá, al señalar, contrariamente a los positivistas, que existen estándares de corrección que determinen el sentido adecuado de la norma particularizada que el juez creará con su decisión. Esta perspectiva no significa rechazar la separación de poderes del Estado de Derecho Constitucional, sino por el contrario, presentar una explicación coherente que la sostenga en constatación con la práctica jurídica, buscando superar la tensión²⁰³. En este tenor, la separación de poderes se sostendría en cuanto Poder Legislativo sería el creador de las normas como parámetros

²⁰¹ Por ejemplo, Hart y la “textura abierta”. En el mismo sentido, *Cfr.* KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho* [segunda edición de 1960], *Op. cit.*, pp. 349 – 351.

²⁰² KELSEN, Hans, *Lógica y derecho*, trad. de Ulises Schmill Ordóñez y Jorge Castro Valle, Coyoacán, México, 2012. p. 42 – 43.

²⁰³ NINO, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. de Roberto P. Saba, Gedisa, Barcelona, 2003. pp. 14 – 15.

generales, mientras que al Judicial tocaría la labor de su concreción mediante la creación de una norma particularizada que resuelva los casos concretos. Con esto, es menester destacar que el juez no sustituiría en su naturaleza al legislador, las labores permanecen distintas, y la función judicial se mantendría sujeta a los parámetros de las normas generales, las cuales únicamente podría dejar de observar o modificar bajo circunstancias especiales, como cuando una norma general trasgrede un principio constitucional.

De este modo, la postura sostenida por la concepción principialista se muestra más comprometida y acertada en su operatividad respecto de los dictados axiológicos del constitucionalismo de los derechos y, por ende, con la materialización de la democracia como necesaria e ineludible para ello, abogando por su defensa activa no sólo respecto de sus funciones regulativas sino preponderantemente por las constitutivas entendidas no como reglas, sino como principios.

2.3 El derecho como curso de la política.

Conforme a lo anteriormente expuesto, se puede señalar que el derecho tiene una pretensión de dirección específica de la política en el Estado Constitucional. Lo que lleva a replantear la siempre polémica relación entre derecho y poder. Tradicionalmente, en la teoría general del derecho, la referencia al poder político ha referido a la producción y aplicación de normas jurídicas²⁰⁴, sin embargo, las relaciones son mucho más complejas presentando paradojas pues, como señala Bobbio, si bien el orden jurídico es producto del poder político, también se pretende que la acción política se lleve a cabo a través del derecho y que éste la delimite y discipline²⁰⁵.

²⁰⁴ BOBBIO, Norberto, *Teoría general de la política*, 3ª ed., trad. de Antonio Cabo de la Vega, Gerardo Pisarello Prados, José Fernández Santillán, Alfonso Ruiz Miguel, Alexéi Julio Estrada, Miguel Carbonell, Magdalena Lorenzo, Pepa Linares, Marcos Criado y Carmen Revilla Durán, Trotta, Madrid, 2009. p. 261.

²⁰⁵ *Ídem*, pp. 253 – 254.

Ante tan compleja interacción, sería una afirmación en extremo inocente el considerar que los positivistas nieguen las inexorables relaciones existentes entre el derecho y la política en la realidad. No lo hicieron Kelsen, Hart, Austin, ni mucho menos hoy lo hacen Joseph Raz o Luigi Ferrajoli. Inclusive, es posible observar en sus obras importantes referencias sobre los procesos políticos que generan y crean al derecho, ya sea éstos como un soberano con suficiente poder como para ser obedecido en una comunidad política independiente²⁰⁶, un grupo cuyos actos de significación realizan normas²⁰⁷, un cúmulo de personas autorizadas por una regla de cambio a generar nuevas normas primarias²⁰⁸, o un hecho social que detenta autoridad para normar sobre la vida social y excluir del juicio personal alguna razón para la acción²⁰⁹. Incluso, como se desarrollará más adelante, varios supuestos de las teorías positivistas –aunque no exclusivamente– encuentran en las estructuras jurídicas, tanto desde una perspectiva descriptiva como también dogmática, una función fundamental en el encausamiento y limitación de los poderes políticos y cualquier moralidad que éstos respalden; es decir, ven en sus presupuestos teóricos una función política relevante en el derecho y por lo cual es necesaria una distinción conceptual clara de, como diría Bobbio, sendas caras de las moneda²¹⁰.

Aunque en ocasiones es borrosa la distinción dogmática y la descriptiva, para los fines de la explicación entre el derecho y la política, lo que debe quedar claro, es que, el positivismo jurídico tradicionalmente ha buscado una conceptualización esclarecedora de lo que es el derecho sin tener que hacer referencia o realizar ‘mezclas’ con nada que no sea propiamente parte del ámbito de lo jurídico, sosteniendo que derecho y política son ámbitos que se conectan,

²⁰⁶ AUSTIN, John, *Op. cit.*, pp. 201 – 203.

²⁰⁷ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho* [primera edición de 1934], *Op. cit.*, pp. 44 – 45.

²⁰⁸ HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, *Op. cit.*, pp. 125 – 126.

²⁰⁹ RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, Coyoacán, México, 2011. pp. 23 – 26.

²¹⁰ BOBBIO, Norberto, *Op. cit.*, p. 261.

pero autónomos²¹¹. La idea de una conceptualización del derecho ajena a consideraciones externas a su propio objeto –políticas o morales– es inherente al positivismo jurídico tradicional, cuya defensa férrea en este postulado ha evolucionado y, a la fecha, concluido en el denominado positivismo jurídico excluyente.

No obstante, a mi parecer, esta implacable búsqueda de una distinción conceptual del derecho de otros factores externos ha sido inadecuada e inocua por cuanto deja de lado explicaciones fundamentales de la vida jurídica que no se pueden advertir adecuadamente sin estos elementos. En verdad nunca he comprendido del todo bien la sujeción del positivismo al presupuesto epistemológico de la ‘pureza’ o la exclusión de elementos no propiamente jurídicos para realizar una teoría o ciencia del derecho; me parece tan inadecuado como considerar que se puede realizar una ciencia o teoría de la biología que excluya de sí toda consideración a la dimensión de lo que la física –y su ciencia– tiene que decir y explicar respecto de los organismos vivos, o una ciencia de la economía que negase la dimensión y utilidad de la ciencia matemática en su objeto de estudio.

Al respecto, considero que el postulado de la “pureza” o de la perspectiva epistemológica que sustenta al denominado “positivismo metodológico”, si bien es útil para abordar efectivamente los problemas jurídicos desde los hechos, también ha sido limitada innecesariamente en sus alcances, de manera que se ha prestado para ocultar algunos dogmas que funcionan como mitos fundantes de esta corriente y que le impiden avanzar en dar cuenta de varios fenómenos relevantes y propios del ámbito de lo jurídico so pretexto de que esto sobrepasaría las posibilidades de conocimiento de la ciencia jurídica. Este problema resulta apremiante cuando se trata de dar una explicación racional de distintos fenómenos que el propio sistema jurídico presenta. Los aspectos que la teoría jurídica suele no abordar –al menos, no directamente– o profundizar son, las propiedades de las demandas sustantivas del derecho, y la corrección o el acierto de las decisiones

²¹¹ ZAMBONI, Mauro, *The policy of law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2007. p. 11.

judiciales conforme a éstas. De tal manera, el común de las teorías jurídicas positivistas, y en la actualidad las excluyentes, rehúyen a hablar de la posibilidad de hablar de la concordancia sustancial de las decisiones judiciales conforme a las normas o incluso los preceptos constitucionales axiológicos. Para estas posturas, adentrarse en tales instancias significa dejar de hablar de derecho para hablar de moral o política, lo cual oscurecería su labor teórica, caracterizada por ser valorativamente neutral, y adentrarse en juicios morales los cuales, además, difícilmente serían susceptibles de racionalidad científica²¹².

Algunas posturas positivistas, sin embargo, han buscado ser más esclarecedoras sobre la posibilidad del funcionamiento adecuado del sistema jurídico, manteniendo como premisa fundamental la imposibilidad teórica de adentrarse en hacer juicios de valor ni político ni moral. Estas posturas buscan utilizar a la lógica como criterio apropiado para tal efecto. Bajo esta visión, la dimensión vería a las pretensiones políticas como imbuidas y delimitadas en las normas²¹³. Uno de estos casos es la teoría garantista, de la cual varios aspectos han sido ya expuestos, y que persigue este objetivo buscando discernir las propiedades lógico-conceptuales de los conceptos jurídicos que operan en los sistemas constitucionales y proponiendo una operatividad consecuente que obedezca a estas características, ello siempre sin la necesidad de incurrir en ningún juicio sustantivo. La otra postura es el positivismo lógico-analítico representado por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Esta corriente centra sus esfuerzos en dilucidar las propiedades deónticas de las normas jurídicas para reconstruir el sistema normativo conforme a la lógica de los enunciados deónticos²¹⁴. De este modo, para teoría la estructura sistemática del derecho depende de las relaciones lógicas entre las normas jurídicas y una tarea

²¹² NINO, Carlos S., *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, Fontamara, México, 2007. pp. 75 – 77.

²¹³ ZAMBONI, Mauro, *Op. cit.*, pp. 11 – 13.

²¹⁴ *Ídem*, p. 55 – 57.

fundamental de la ciencia del derecho es hacer explícitas las consecuencias lógicas de las normas expresamente formuladas por el legislador²¹⁵.

No obstante, cuando se confronta a estas teorías conforme a los sistemas constitucionales contemporáneos el problema del contenido persiste, y parafraseando a Elías Díaz, “La cultura del Estado de Derecho no se comprende [...] se falsea, si se reduce [...] a las posiciones doctrinales del positivismo jurídico”²¹⁶, pues parece que el ordenamiento jurídico busca convertir en principios propios de legalidad los valores éticos y políticos que se encuentran consagrados en los derechos, de modo que exige un análisis crítico de los procesos históricos que los han conformado y consecuentemente una argumentación racional, instrumental y ética acerca al respecto, lo que constituiría los elementos básicos para la determinación de la razón de ser del derecho²¹⁷.

Ante este panorama, las posturas principialistas plantean entender al derecho, en su carácter especial de fenómeno social, como una práctica preponderantemente argumentativa²¹⁸, con una inherente pretensión de corrección por parte de sus operadores sosteniendo que sus prácticas y los enunciados normativos que formulan se encuentran justificados moralmente conforme a las pretensiones del derecho²¹⁹, refutando la visión positivista a la que Dworkin denomina “aguijón semántico”, según la cual abogados y jueces concuerdan en los fundamentos del derecho pues utilizan principalmente los mismos criterios (primordialmente sustentados en hechos históricos) al decidir cuando los enunciados sobre la ley son verdaderos o falsos²²⁰. No obstante, semejante

²¹⁵ NAVARRO, Pablo y RODRÍGUEZ, Jorge, “Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas, *Isonomía*, N° 13, 2000. p. 61.

²¹⁶ DÍAZ, Elías, *Op. cit.*, p. 75.

²¹⁷ *Ídem*. p. 76 – 77.

²¹⁸ DWORKIN, Ronald, *Op. cit.*, p. 23.

²¹⁹ ALEXY, Robert, *Op. cit.*, pp. 34 – 36.

²²⁰ Dworkin, Ronald, *Op. cit.*, pp. 36 – 37.

explicación fallaría al dar cuenta de los casos difíciles, que se caracterizan por ser disputas confusas al margen de lo que es claro y compartido²²¹. De tal manera, la dimensión argumentativa supone la interpretación de los hechos y el material jurídico no de manera intencional, sino creativa que se ocuparía primordialmente de los propósitos y no de las causas, buscando descifrar las razones de ser de una institución²²². La dinámica presupuesta supone una referencia y cuestionamiento constante de los valores que sostienen a una institución por parte de quienes la interpretan y, a su vez, es se torna en la explicación del por qué las instituciones y prácticas jurídicas mutan²²³, en lo que bien podría ser visto como una práctica dialógica.

Como se puede inferir, esta visión significa que el derecho no permanece estático frente a los procesos políticos como un mero marco de encuadramiento para delimitar y controlar la acción política, como si ésta fuera clara y pudiese fácilmente encausarse mediante las leyes claras e incontrovertibles. Ésta sería una visión, por así decirlo, ideal que correspondería perfectamente con las expectativas de la doctrina iluminista del siglo XVIII que, conforme a una exaltación de la razón deductiva, vería al derecho como una práctica silogística perfecta donde el supuesto de hecho planteado en la norma encuadra justamente con los hechos²²⁴, de modo que la interpretación sea sencilla e incontrovertible, manteniendo incólume la separación de poderes y, efectivamente haciendo del juez un mero declarador de lo que la ley dicta.

“*[T]he assertion that either tradition has been unconstitutional through the centuries is not law, but politics-smuggled-into-law*”²²⁵. Con esta afirmación cierra

²²¹ *Ídem*, p. 43.

²²² *Ídem*, p. 48 – 49.

²²³ *Ídem*, pp. 73 – 74.

²²⁴ LUZZATI, Claudio, *La política de la legalidad*, trad. de Federico José Arena y Magdalena Ana Rosso, Marcial Pons, Madrid, 2013. pp. 31 – 32.

²²⁵ “La afirmación de que alguna de las tradiciones ha sido inconstitucional por siglos no es derecho, sino política infiltrada en el derecho” (traducción propia). Citado en ZAMBONI, Mauro, *Op. cit.*, p. 1.

el Ministro de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América Antonin Scalia contra la demanda que planteaba que la pauta de las escuelas militares de únicamente admitir varones es discriminatoria, sosteniendo que si ha sido jurídicamente válida por siglos, la decisión de un juez de determinar que no sea así es una forma de arbitrariedad que refleja ideología política y no juridicidad. Ésta, sin embargo, no es una postura de crítica a las decisiones judiciales nada novedosa. Este problema fue expuesto por los relistas norteamericanos y continuamente abordado y criticado por los *Critical Legal Studies*, que denunciaban el alto grado de discrecionalidad e influencia ideológica en las decisiones judiciales detrás de una supuesta certeza e imparcialidad propugnada por la teoría jurídica en la que se formaban los abogados²²⁶.

La crítica de los *CLS* había sido dirigida contra las teorías que sostenían a la práctica del derecho como una cuya única referencia ética debía ser ceñirse a la estricta legalidad sin realizar juicios sobre la moral o adecuación de las normas. Siguiendo a Kelsen o a Hart, la afirmación del *Justice* Scalia no tendría sentido, simplemente significaría que una norma permitió al juez decidir algo ante un campo abierto de aplicación, sin hacer mayor juicio sobre su corrección. Cuando los *CLS* comenzaban, las teorías principialistas también daban sus primeros pasos, de modo que su crítica no pareciera poder dirigirse contra éstas. Sin embargo, ésta se ha actualizado hoy contra el principialismo como si éste abogará por la discrecionalidad²²⁷, en cierto sentido equiparándola a la arbitrariedad. ¿Qué respuesta da el principialismo?

²²⁶ UNGER, Roberto M., *The critical legal studies movement*, Harvard University Press, Cambridge, 1986. pp. 5 – 7.

²²⁷ SALAZAR UGARTE, Pedro, “Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente” *Op. cit.*, pp. 263 – 265 y GARCÍA AMADO, Juan A., “Derechos y pretextos. Elementos de crítica al neoconstitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta-III UNAM, Madrid, 2007. pp. 261 – 264.

2.4 El concepto de derecho frente la constitución de los derechos y los principios.

Las posturas tradicionales del positivismo jurídico, en su valoración moral²²⁸, han tendido a presentar como fundamental a la distinción del derecho de cualquier otro factor como un elemento que no sólo imponga límites a los invasivos y, en ocasiones, desbordados cauces de la acrítica moral política de distintas índoles, sino que del mismo modo permita esclarecer adecuadamente lo que uno y otro son para evitar su confusión y del mismo modo poder mantener un punto de referencia sano y claro de crítica del derecho. Es decir, sostienen que al mantener un concepto claro y delimitado de lo que es el derecho y la moral, esto permitirá poder criticar adecuadamente al derecho vigente y así no caer en el error de asumir a lo jurídico como moralmente correcto o a lo moral como jurídicamente debido.

Las posturas del positivismo jurídico incluyente así como las pospositivistas no han perdido de vista este objetivo que indubitablemente soporta a un adecuado Estado de derecho; para sendas posturas también es fundamental que no se confunda sin más la moral con lo jurídico y viceversa con el afán de mantener el control de los derechos y obligaciones (y todo lo que conlleva) en los que se sustenta el sistema jurídico. Sin embargo, en su visión evaluativa de las teorías positivistas excluyentes no dejan de observar que esa tajante distinción y la consecuente negación teórica de cualquier influjo de la moralidad en el derecho ha creado una suerte de velo detrás del que se han obviado situaciones tanto morales como políticas no deseables y que, lamentablemente, se han visto legitimadas por el respaldo jurídico que envuelve al formalismo legal que las reviste, ignorando o contradiciendo de por medio elementos de índole político-moral que efectivamente figuran en el sistema de derecho, tanto en su razón de ser como en su articulación normativa subsecuente, y que, en varias ocasiones

²²⁸ Es importante destacar que es distinto hacer una evaluación moral de una teoría al hecho de que la teoría misma incluya valoraciones de tipo axiológicas; e incluso, el que la teoría mantenga una justificación moral a su postura del que ésta, en su desarrollo, incorpore elementos del carácter señalado. Véase DICKSON, Julie, *Evaluación en la teoría del derecho*, trad. de Juan Vega Gómez, IJ-UNAM, México, 2006. pp. 6 – 8.

demandan superar las limitantes formales para enfocar el razonamiento en su aspecto sustantivo si es que se busca velar por estos elementos que, en sí, están representados por los principios sobre los que se ha erigido el Estado Constitucional de derechos por el que una comunidad ha abogado. De este modo, el objetivo de esclarecer conceptualmente la moralidad política que inherentemente integra el sistema jurídico no se limita a denunciar los posibles efectos nocivos de ignorarla sino, también, la de potenciar los efectos provechosos de esos principios que constituyen la base de los derechos de los ciudadanos; es decir, se hace hincapié en la posibilidad de fortalecer e incrementar la dimensión de los derechos.

La objeción persistente desde la postura principialista o postpositivista ante el positivismo es que éste permanece sin dar cuenta de fenómenos persistentes de los sistemas jurídicos, en particular, de los sistemas constitucionales. Las teorías positivistas ignoran los criterios sustantivos del Estado de Derecho Constitucional y la pretensión de corrección que éstos tienen respecto de las decisiones judiciales. En este tenor, ignoran la dimensión interpretativa y argumentativa de la práctica jurídica y los factores que la guían. En este sentido, la postura principialista se destaca por señalar que el derecho, particularmente los sistemas constitucionales liberales, tiene pretensiones determinadas, y en esta tesitura no acepta, o busca erradicar de sí, ciertas pretensiones políticas sobre la base del postulado de la primacía de los derechos fundamentales ante cualquier otra posibilidad. Es decir, tiene algo que decir sobre la legitimidad jurídica material de las pretensiones, pues en el Estado de Derecho Constitucional no todas tienen cabida.

Por ende, se puede observar al principialismo como una postura teórica que observa al fenómeno jurídico en dos dimensiones que se complementan para conformar el concepto de derecho. La primera, descriptiva-conceptual, que ubica al material jurídico dado y sus propiedades características entre las que se encuentran estándares con pretensiones morales. Ante tal panorama, la segunda dimensión se presenta como normativa sustancial; esto es, da cuenta de las

exigencias morales del derecho y avanza hacia su práctica sin conformarse simplemente de dar cuenta de la operatividad lógico-deóntica de los enunciados normativos, sino buscando dar una explicación sobre la práctica que haga efectiva la materialización de tales exigencias. Es en este sentido que interesan los principios, que no se encuentran formulados precisamente como enunciados normativos y que no obstante no tienen la intención de ser meramente declarativos, sino que exigen una acción en una determinada dirección, aunque a simple vista no se pueda determinar cuál, por ende, es necesario observar las propiedades interpretativas y argumentativas que puedan dar cuenta de cuál sea la determinación de la acción más concorde con tal fin.

En cierto sentido, se puede hablar de una teoría que ha evolucionado con su objeto. Si el derecho siempre ha sido identificable conforme a sus fuentes, y éstas son las que dan sustento político de origen al derecho por representar el medio para que ciertos sucesos se hagan realidad en el ágora, la cuestión queda en evaluar no sólo un concepto de operatividad sino de la voluntad política que ha de regir al sistema jurídico. Para esto es interesante ver las etapas por las que ha pasado la doctrina de las fuentes jurídicas que propone Mauro Barberis. La primera, de una inminente concepción mágica del mundo y caracterizada por la *consuetudo*, ve al derecho como algo que existe en el mundo y toda cuestión podía resolverse con lo que se determinase “jurídico” en el momento. La segunda, sería la ley como fuente, y supone la reproducción de la voluntad del mandato de quien la crea, y supone la idea de hacer justicia a través de las leyes²²⁹, buscando a toda costa evitar el gobierno de los jueces²³⁰. La última, denominada por Barberis como la suprallegalidad constitucional, supone la superación del Estado legislativo con la idea de la constitución como *lex specialis* como fuente suprema y el subsecuente control de todo lo que no se adapte a ésta²³¹.

²²⁹ *Vid. supra*, p. 76.

²³⁰ BARBERIS, Mauro, *Estado, Derechos, interpretación*, trad. de Félix Morales, Palestra, Lima, 2013. p. 22 – 23.

²³¹ *Ídem*.

Me parece que esta última fuente, a diferencia de su predecesora, significa al menos dos cosas, la distinción conceptual necesaria entre *ley* y *derecho*, y la despersonalización de la fuente primordial, o de la voluntad política a la que obedece –o ha de obedecer– el derecho. En la anterior, si la fuente es la ley, ésta es producto de la voluntad del rey o del parlamento, siendo el derecho la reproducción fiel de ésta sin importar su virtud moral. Y, en oposición, la supralegalidad constitucional desvirtúa la idea una personalización de la política del derecho, pues éste ahora ha de ser el medio de consecución de los fines de valores definidos en su ley máxima de la cual, al no ser bien identificables sus autores, sólo queda una interpretación conforme, esperando sea la más racional y la mejor justificada conforme a dichos principios. Es decir, el derecho se configuraría como una vía de concreción de la voluntad política abstracta de sus destinatarios, la que se asume sería la de aquel ciudadano bien informado respecto de lo que más le beneficia y sin pretender que su derecho sobrepase al de otros²³² y ésta sería la idea primordial detrás del famoso balance de derechos o ponderación.

Cómo se ha señalado, la crítica de la inmersión de la política –ideológica– en un sentido peyorativo, como excusa para la arbitrariedad, se ha actualizado al principialismo. Ésta se enfoca contra la apertura a criterios inciertos en vez de ceñirse a la certidumbre del formalismo, lo que da permite a los jueces una argumentación moral abierta que no susceptible de racionalidad. La respuesta generalizada del principialismo es que, si bien es cierto que se rompe cierta barrera en la predictibilidad de las decisiones judiciales desde el aspecto de la teoría, también se abre una gama de mecanismos de control racional más amplio respecto de lo adecuado de las resoluciones conforme a la metodología que se ha planteado para determinar cuáles son los principios que sustentan a los derechos y cuál sería la dirección a tomar para la respuesta más acorde. No obstante, su

²³² La referencia a John Rawls resultó inevitable pero, me parece, ésta podría ser una de las buenas razones del porqué su teoría de la justicia ha sido considerada una de las más exitosas, sino es que la que más. Cfr. RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, 2ª ed., trad. de María Dolores González, FCE, México, 2001. pp. 67 – 69.

defensa podría continuar de la manera siguiente: el rompimiento de esta barrera y la incertidumbre, así como el razonamiento abierto de los jueces, no es culpa de la teoría, sino del derecho mismo que se ha configurado de esta manera, y el principialismo originalmente da cuenta de ello. Respecto de su dimensión normativa y la crítica de superar barreras, existen dos respuestas con su respectiva objeción al positivismo y al formalismo. La primera refiere a los criterios, que ciertamente son inciertos, lo que no significa no sean imposibles de interpretar racionalmente conforme al contexto jurídico y conforme a los elementos que lo componen, lo que no necesariamente significaría certeza total, pero sí un criterio mayor de adecuación. La segunda –relacionada con la anterior– referiría a la posibilidad de un control racional de las decisiones judiciales, rechazando que no sea posible someter a un control de racionalidad los argumentos morales²³³, control que además parte de supuestos ya señalados en el texto constitucional y los tratados internacionales en materia de derechos humanos y que, por ende, no necesariamente constituye un razonamiento moral abierto, pues las coordenadas ya estarían señaladas por tales elementos y, sólo en casos excepcionales se podría señalar se parte de cero.

Considero que en un marco amplio, el principialismo sigue avanzando en la teoría del derecho en dos aspectos: al dar cuenta de la existencia de prácticas argumentativas morales que pretenden encontrarse justificados jurídicamente conforme a postulados señalados por su fuente primordial. Segundo, dando cuenta del fenómeno anterior, trabaja en la posibilidad de identificar criterios de racionalidad específicos respecto del sistema jurídico para poder identificar entre decisiones materialmente correctas e incorrectas; es decir, propone progresar en la creación de una metodología normativa. En este último sentido es que se puede

²³³ Incluso, habría que hacer la observación de que, negar la posibilidad de que se puedan esgrimir argumentos morales racionalmente significaría negar tanto a gran parte de la filosofía moral como la posibilidad si quiera de decir que existe una justificación de que algo es bueno o malo, correcto o incorrecto. Y es también preciso sostener que para sostener la racionalidad de los juicios morales no es necesario tampoco ser un objetivista moral, no al menos en el sentido fuerte del término, y se puede sostener un constructivismo que parta de ciertos presupuestos deseables o dados en una comunidad sometidos a una visión crítica. Respecto de las posturas referentes a la cualidad moral en las visiones principialistas o neoconstitucionalistas, no existe un criterio uniforme, unos tendiendo más al objetivismo y otros más al constructivismo.

decir que se trata de una postura que no sólo da cuenta del Estado de Derecho Constitucional, sino que se propone su consecución efectiva.

En lo que sería una crítica evaluativa de las posturas principialistas, es cierto que éstas no son y todavía no han sido la panacea a los problemas de certeza y defensa efectiva de los derechos; pero lo mismo es cierto de sus posturas antagónicas o alternas. También es cierto que tampoco se ha terminado de constituir como *una* teoría pues, en realidad, es más una corriente y es posible encontrar aun divergencias significativas entre las posturas que se adhieren a ésta. En particular, aún queda trabajo por realizar para su perfeccionamiento y éste, considero, debe partir ya no de discutir si la moral es parte o no del derecho, sino de estudiar en qué sentido lo es y cuáles son las características que, conforme a al marco de referencia que es el sistema jurídico y su constitución, se exigen del razonamiento moral práctico. Un primer punto de partida en esta dirección se encontraría en determinar qué modelo ético constituye el Estado de Derecho Constitucional, y de qué manera se puede ejercer.

En lo que he insinuado con antelación, por mi parte, considero que aceptando las propias características del derecho y la alta abstracción de los principios constitucionales y la innumerable posibilidad de casos y tensiones entre éstos, así como las peculiaridades que se pueden presentar, el modelo ético que asume el derecho es constructivo y procedimental, y me parece que el punto de partida del razonamiento sea la idea de equidad en las pretensiones, pues es razonable pensar que si existe una variedad de derechos para *todos*, el primer principio que ha de guiar su determinación y acción es que se ajusten en la pluralidad de pretensiones, dando prioridad a quienes materialmente se encuentran en desventaja. Esta idea por sí misma significa un aspecto esencial de inviolabilidad cuando exista un conflicto entre pretensiones con base a derechos pues, de ningún modo se podrá considerar equitativa una fórmula que elimina por completo un derecho para garantizar otro so pretexto de equidad. No deseo especificar aquí los criterios concretos de esta dinámica –lo que daría lugar a otra

investigación– pero tampoco me hubiera gustado dejar la cuestión en el aire sin decir nada al respecto.

Capítulo 3. Interpretación y argumentación en el foro judicial.

¿Cómo conjugar el acto de justicia que debe referirse siempre a una singularidad, individuos, grupos, existencias irremplazables, el otro y como el otro, en una situación única, con la regla, la norma, el valor o el imperativo de justicia que tienen necesariamente una forma general, si esta generalidad prescribe una aplicación cada vez singular?²³⁴

A estas alturas del trabajo debe quedar claro que el paradigma del derecho que enfatiza el papel de los principios como valores de suma relevancia y con una constante exigencia de realización material que parece exige un razonamiento judicial con características específicas, entre las cuales está la demanda de una argumentación sustancial, que clarifique y explique el porqué de la decisión tomada, lo que significa un razonamiento moral sustantivo por parte de los jueces para motivar sus sentencias como adecuadas a los principios del sistema jurídico.

Semejante exigencia para los operadores judiciales ha generado fuerte escepticismo para algunos teóricos que temen que en la complejidad de esta labor lleguen a decisiones arbitrarias bajo la ilusión de que están aplicando el derecho. Esta idea, me parece, descansa en una amplia desconfianza en las capacidades resolutorias de los jueces, tal cual lo manifiesta Francisco Laporta, al señalar que el razonamiento moral de éstos no pasa de ser vulgar²³⁵. Me parece, sin embargo, existen dos líneas de argumentación para refutar tal aseveración: una centrada en el objeto mismo, el derecho como es y lo que requiere independientemente de la capacidad de sus operadores, y la segunda, el que los operadores pueden y deben conformarse a saber operar con su objeto de trabajo. A su vez, ambos

²³⁴ DERRIDA, Jacques, "Fuerza de ley: El «Fundamento místico de la autoridad»", trad. de A. Barberá y A. Peñalver, *Doxa*, N° 11, 1992. pp. 142 – 143.

²³⁵ Citado por Pedro Salazar en "Dos versiones de garantismo espurio en la jurisprudencia mexicana" en SALAZAR UGARTE, Pedro, AGUILÓ REGLA, Josep y PRESNO LINERA, Miguel Ángel, *Garantismo espurio*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, México, 2011. p. 17.

puntos funcionan como premisas para inferir importantes características y consecuencias sobre el objeto. En este caso, que el derecho, concorde a sus características y las de los elementos que lo constituyen, conforma su propia racionalidad, lo que lo distingue de otros objetos como podrían ser la moral (abierta), la política (abierta), la economía, etc. En este sentido, también se infiere que es posible controlar y criticar lo apropiado e inapropiado de las decisiones judiciales a partir de los parámetros constitutivos del sistema jurídico que componen un marco para el control de racionalidad y razonabilidad.

Por último, que la ineptitud de los jueces para resolver conforme a estos cánones, por específicos y complejos que sean, no constituye un problema en sí del derecho como concepto, sino de la mediocridad en la formación y elección de éstos en el ámbito de lo que se podría llamar “la carrera judicial”. Al último punto, deseo aclarar que también considero que la afirmación de Laporta parte de algún grado de prejuicio generalizador que no tiene un sustento sólido para ser sostenido pues, a mi parecer, aunque es cierto que los jueces no han sido formados en filosofía moral, es debatible el cuestionar si respecto de cuestiones morales relativas a asuntos jurídicos éstos mantienen un razonamiento vulgar equiparable al de cualquier civil, dado que, aunque se pueda afirmar que muchos jueces no mantienen un juicio crítico moral bien estudiado y construido, es posible también decir que su experiencia y formación en la carrera judicial los provean de un juicio moral peculiar cuando se trata de asuntos jurídicos; aunque, esto tampoco signifique afirmar que sea un juicio necesariamente bien formado.

Otro aspecto importante a considerar es la complejidad de material jurídico con el que el juez ha de afrontarse para resolver casos. El derecho, en su nivel legislativo, dista mucho de ser claro y coherente, no sólo en su formulación normativa sino también en cuanto a directrices que guíen adecuadamente respecto de la resolución de casos. Es decir, la complejidad no se presenta solamente respecto de la vaguedad del lenguaje sino, en múltiples ocasiones respecto del sentido de toda una institución que se pretende regular cuando sus parámetros son muy amplios. Al respecto, es de suma importancia para el jurista

contar con instrumentos de análisis que le permitan distinguir no sólo entre conceptos, sino entre las posibilidades y relaciones en que éstos interactúan conforme respecto de una institución y la posibilidad de interpretación de los distintos fines que ésta podría perseguir.

En este sentido, la teoría o concepto ha de esclarecer los conceptos y su operatividad orientando al operador jurídico como herramienta sistemática en la práctica para resolver conforme a las pretensiones propias del sistema. Por ende, el concepto o teoría que se asuma resulta de suma relevancia por cuanto éste lo asistirá para resolver problemas presuponiendo ideas acerca de las fuentes del derecho, la validez, la interpretación, etc²³⁶.

Así, en lo sucesivo, en el presente capítulo desarrollaré las cuestiones anteriormente planteadas que se centran en lo que refiere a la interpretación y la argumentación desde el punto de vista del concepto post-positivista del derecho, sus requisitos y sus modalidades; así como la subsecuente necesidad de una formación jurídica adecuada a tales exigencias. Para tal efecto buscaré contra-argumentar la crítica de un caso estudiado por un autor desde un punto de vista positivista/garantista.

3.1 ¿Argumentación conforme al concepto garantista o principialista?

En su interesante artículo “Dos versiones de garantismo espurio en la jurisprudencia mexicana”²³⁷ Pedro Salazar busca destacar la arbitrariedad y el decisionismo para el cual se ha prestado la confusión común entre la postura garantista y la neoconstitucionalista (o principialista), ejemplificando un caso polémico resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y hace referencia

²³⁶ ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013. p. 22 y WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, trad. de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría, Fontamara, México, 2008. p. 315.

²³⁷ Cfr. SALAZAR UGARTE, Pedro, *Op. cit.*, pp. 11- 89.

a tres casos indebidamente llevados por la sala superior del Tribunal Electoral mexicano. Todos, casos en los que los juzgadores pretendieron ser *garantistas* cuando –a juicio de Salazar– utilizaron un razonamiento neoconstitucionalista, lo que les permitió justificar indebidamente sus decisiones. Para efectos de esta investigación, me centraré tan sólo en el primer caso por ser el que más inquietudes genera al igual que el que se desarrolla con más detalle. Así, realizaré un análisis del caso y la crítica realizada para contra-argumentar y defender a la postura principialista, señalando: en qué puntos existe una incorrecta concepción del neoconstitucionalismo (y por lo cual se le ataca indebidamente), en qué aspectos una respuesta garantista permanece como insatisfactoria ante el caso planteado y, finalmente, en qué aspectos el neoconstitucionalismo sí presenta una respuesta satisfactoria.

Para iniciar, comenzaré con la exposición sucinta de los casos para, posteriormente, pasar un resumen de la crítica de Pedro Salazar a las resoluciones judiciales como a su concepción del principialismo y, finalmente, realizar un análisis crítico para defender mi postura.

En el primer caso, en el año 2007, ante la reforma constitucional en materia electoral que prohibió a los partidos políticos contratar o adquirir, por sí o por terceras personas, tiempo publicitario en cualquier modalidad de radio o televisión, así como a terceros contratar propaganda para los mismos medios en favor de algún partido, dos partidos minoritarios presentaron acciones de inconstitucionalidad, las cuales fueron desestimadas como “notoriamente improcedentes” con base a un criterio sostenido por la misma Corte en 2002 cuando señaló que los procedimientos de reforma a la Constitución no son susceptibles de control de constitucionalidad. Y, aunque se admitió la revisión por no existir “notoria improcedencia”, la tesis volvió a ser sostenida al considerarse que el control era improcedente por: a) no estar contemplado en la Constitución, y b) dicho control sólo podría ser incorporado a la Constitución por el “poder

reformador” que se encuentra “por encima de los tres poderes y cualquier órgano público”²³⁸.

Sin embargo, el problema surge ante los amparos que se emitieron y habían también sido señalados como “notoriamente improcedentes” y que, sin embargo, ante el recurso de revisión interpuesto y dada la trascendencia del asunto, la Corte decide estudiar para resolver. Esto abría la importante cuestión de si el amparo era el medio idóneo para impugnar las reformas constitucionales. El argumento de los ministros para dar entrada a tal vía fueron a) que los actos del poder reformador son actos de gobierno y, por lo tanto, susceptibles de control por medio del amparo y; b) que una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos les había exigido existiesen mecanismos de protección de los derechos humanos independientemente del poder que las realizó²³⁹.

Finalmente, aunque el amparo terminó siendo denegado, la preocupación de Pedro Salazar al respecto es la incertidumbre procedimental que se presentó ante las siguientes cuestiones:

1. La falta de existencia de una norma que otorgue competencia que establezca que efectivamente los jueces pueden juzgar sobre la inconstitucionalidad de una norma constitucional.

2. Sobre la existencia de los parámetros normativos que han de seguirse para determinar la inconstitucionalidad. Y, por ende, ¿qué es posible hacer al respecto? Pero, considerando que la Constitución Mexicana efectivamente no tiene ninguna disposición que establezca intangibilidad sobre ésta, presenta dos alternativas al caso. Asumir que en la Constitución existen límites implícitos puesto que cierta parte de ésta tiene prioridad sobre el resto. O, recurrir a consideraciones extraconstitucionales (una teoría jurídica, valores, criterios políticos, etc.).

²³⁸ *Ídem*, pp. 36 – 37.

²³⁹ *Ídem*, p. 38.

3. El problema democrático sobre quién tiene la última palabra – y por ende, es poder soberano del Estado – cuando los jueces pueden incluso controlar la “constitucionalidad” de una reforma²⁴⁰. Es decir, existe un problema fuerte de legitimidad, puesto que los ministros no fueron elegidos democráticamente y, sin embargo, tienen la decisión última sobre algunas de las decisiones más relevantes.

De manera que concluye que los argumentos erróneos que los ministros asumieron como “garantistas”, pero que en realidad son propios del “neoconstitucionalismo”, para señalar lo que hubiera sido adecuado conforme a una verdadera postura garantista. Éstos son:

Al asumir la tesis de la existencia de límites implícitos en la Constitución. Lo cual no es en sí negativo, el problema fue que de ahí no se sigue que la salvaguarda de la Constitución deba quedar en manos de los jueces. Conforme a la postura propiamente garantista, el “imperio de la ley” impone límites al poder de los órganos del Estado.

No obstante, lo anterior, admite que aun sosteniendo la tesis de los “límites implícitos”, cuando existe un potencial conflicto entre derechos y/o principios constitucionales, inevitablemente se recurrirá a argumentos “metaconstitucionales” para encontrar un criterio, que no se encuentra en la constitución, pero que permita establecer jerarquías entre bienes afectados²⁴¹. Sin embargo, el problema persiste, puesto que los jueces, al centrar sus decisiones en razones políticas, no tienen control. Salazar es enfático en señalar –con Montesquieu– que éstos deben ceñirse a razonamientos sólidos conforme a consideraciones estrictamente jurídicas²⁴².

²⁴⁰ *Ídem*, pp. 40 – 43.

²⁴¹ *Ídem*, p. 45 – 46.

²⁴² *Ídem*.

Y entre las consecuencias negativas que tal decisión –mal llamada– “garantista” desató se encuentran:

La posibilidad de que cualquiera pueda ejercer mediante el amparo una suerte de “acción de inconstitucionalidad”, no obstante éste, formalmente estaba reservado para ciertas instancias legislativas y de la administración pública. Con dos consecuencias subsecuentes pues, mientras las acciones de inconstitucionalidad han de ser votadas por 8 de los 11 ministros, el amparo puede ser resuelto por un juez o tribunal ordinarios. Y, segundo, mientras que las acciones de inconstitucionalidad previstas tienen efectos generales, el amparo sólo lo tiene a instancia de parte, existiendo “una constitución para los amparados y otra para el resto de los mortales”²⁴³.

El último aspecto que genera indignación a Pedro Salazar es que ante este caso sí se haya determinado la procedencia de estos amparos referentes a los intereses económicos de los poderosos y, sin embargo, no haya sido así respecto de los amparos promovidos ante la “reforma indígena” de 2002 (promovidos por organizaciones que sostenían que ponían en riesgo los derechos de los pueblos indígenas mexicanos)²⁴⁴.

3.2 Análisis de la realidad y defensa del principialismo.

Para iniciar este apartado, deseo citar a Ronald Dworkin, quien señala que “[l]a jurisprudencia es la parte general de la adjudicación, prólogo silencioso a cualquier decisión de derecho”²⁴⁵, donde por razones de traducción, habremos de entender por “jurisprudencia” teoría del derecho. Y, en este tenor, lo interesante sería averiguar cuál es la teoría del derecho que puedan sostener once ministros que se sientan a discutir cuestiones relevantes de derecho. Y, en dado caso,

²⁴³ *Ídem*, p. 50.

²⁴⁴ *Ídem*, p. 52.

²⁴⁵ DWORKIN, Ronald, *Op. cit.*, p. 74

¿conforme a qué sistema jurídico tienen una teoría? Me parece, en estas circunstancias, no se puede culpar ni al garantismo ni al neocosntitucionalismo de un resultado tan polémico como el señalado, en todo caso, si hemos de buscar culpables, culpemos ante todo a los vicios propios del sistema jurídico mexicano.

El sistema jurídico mexicano –tristemente– sufre de varias carencias conceptuales y estructurales, y ellas son notorias desde su propia Constitución. Muchas generan grandes dilemas y controversias sobre la vía adecuada de acción e, incluso, sobre la efectiva protección de los derechos de sus ciudadanos. Varios de estos problemas son resueltos sobre la marcha, sumamente improvisados, para nunca más regresar a verificar si el problema efectivamente se subsanó de la mejor manera. Aunado a lo anterior, la estructura conceptual de las normas es confusa y permite “saltos” de una materia a otra, a lo que se añade la dificultad de no existir una doctrina más o menos uniforme sobre los conceptos constitucionales, no al menos una desarrollada por la Corte.

Desde una superficial²⁴⁶ se puede decir, efectivamente, que si el amparo procede contra actos de autoridad y se puede interponer solicitando la suspensión en contra de actos que –en aquellos días– pudieran violar las garantías de los ciudadanos. Quien modifica a la Constitución es por definición una autoridad, no existiendo una limitante en la correspondiente ley ni en el texto constitucional, el amparo pareciera plausiblemente ser procedente si se previera que podría conllevar la violación de un derecho, aun si esto fuere respecto de una reforma constitucional, efectivamente entrando en la competencia del control de constitucionalidad pero con efecto relativo, y no general. Como hemos visto, la apertura de este último factor como fuente de inequidades preocupa de sobre manera a Pedro Salazar. Sin embargo, si se someten a revisión analítica los conceptos de “amparo” y “acción de inconstitucionalidad”, sendos entran dentro de la categoría de *medios de control de constitucionalidad*, por cuanto ambos refieren al control de un acto de autoridad (sentencia, resolución, laudo, dictamen, etc.) en confrontación con el texto constitucional y, siendo su diferencia esencial los

²⁴⁶ Tomando la idea del “observador externo” de H. L. A. Hart.

promotores de la acción como sus alcances. Concluyendo, se puede señalar que amparo, en tanto sostenga la fórmula de la relatividad de la sentencia significará un *medio de control constitucional* que genera una fuente de desigualdad constitucionalmente legitimada jurídicamente. El ejemplo material es fácil de corroborar, en los amparos contra leyes fiscales, quienes ganan se ven beneficiados de la exención de una carga impositiva que le aplica al resto de la población; de quienes no ejercieron acción o de quienes, habiéndolo hecho, ésta fue denegada o sobreseída. De modo que es plausible especular que, si verdaderamente existiese un interés por la estricta legalidad en la aplicación de las leyes, se definirían mejor los aspectos conceptuales de los distintos instrumentos de manera que no invadan lo que se supone son distintas competencias. Esta delimitación también debería dejar en claro cuál es la justificación de que una y otra herramienta generen resultados de distinto alcance, en particular respecto del amparo, qué justifica que una norma relativa a derechos fundamentales le aplique a unos y no a otros²⁴⁷.

En este sentido, me parece adecuada la réplica de Josep Aguiló, dando a entender que ante un problema del género “[t]odos los conceptos y concepciones normativos en la medida en que suministran criterios de corrección de acciones y decisiones son susceptibles de ser usados espuriamente con la única finalidad de tapar, oculta, el carácter ilegítimo de ciertas acciones y/o decisiones”²⁴⁸.

Tomando esto en consideración, habrá que revisar los distintos argumentos esgrimidos por las Suprema Corte para justificar sus acciones y evaluar su racionalidad para confrontar una posible vía de corrección de éstos conforme a las teorías garantista y principialista, de modo que se pueda verificar cuál provee una respuesta más plausible.

²⁴⁷ En este sentido de “norma” asumo la concepción *kelseniana* de sentencia como norma individualizada al caso concreto. Pues, efectivamente, quien adquiere un amparo lo que tiene es una norma particular que anula la obligación de hacer X; siendo X una obligación generalizada.

²⁴⁸ AGUILÓ Regla, Josep, “Ambigüedades y seudodilemas. Sobre “Garantismo espurio por ambición””, en SALAZAR UGARTE, Pedro, AGUILÓ REGLA, Josep y PRESNO LINERA, Miguel Ángel, *Op. cit.*, p. 94.

Dentro de los argumentos que se sostienen para rechazar la vía de la “acción de inconstitucionalidad”, el primero versa sobre la inexistencia efectiva de una disposición que señale el concepto de “reforma” en el respectivo artículo 105, fracción II, de la Constitución que señala que las acciones de inconstitucionalidad “tienen por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución”²⁴⁹. Sin embargo, en oposición a la interpretación simple de la Corte, que pareciera no presentar mayor problema a primera vista, habría que revisar el concepto de reforma y qué significado se le puede otorgar a éste²⁵⁰. Conforme a distinción de momentos, podríamos distinguir por “reforma” el resultado de la deliberación del Congreso sobre un texto que se desea sea incorporado al cuerpo constitucional o, el resultado del cambio en el contenido de la Constitución. Considero que respecto de ambas, sólo podemos llamar propiamente “reforma” a la consecuente mutación del texto constitucional, en cuanto que éste constata un cambio y, en segundo término, que al resultado del proceso deliberativo previo a su promulgación se le denomina “proyecto de reforma”, lo que denota una intención aun no concretada de generar un cambio. Luego entonces, si por reforma entendemos al resultado de un texto que recientemente se ha incorporado al texto constitucional, surge un segundo aspecto a considerar. Si la Constitución es *lex specialis* compuesta de disposiciones que conforman enunciados deónticos que propiamente puede ser denominados “normas”, entonces la *reforma*, que es parte del texto constitucional y establece un *deber ser* susceptible de ser interpretado en un enunciado normativo, y cumple con el requisito de ser identificable por medio de una “regla de reconocimiento” por su fuente y proceso de creación, consecuentemente, es una norma jurídica válida. De tal manera, la cuestión ya no sería si se prevé un proceso de acción de inconstitucionalidad sobre una *reforma*, por cuanto queda probado analíticamente que una reforma es una norma –distintivamente, una norma nueva–, sino el sobre si éste procede frente a una norma constitucional para ser confrontada con la

²⁴⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²⁵⁰ GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, trad. de Silvina Álvarez Medina, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014. pp. 24 – 25.

Constitución. Esto lleva a uno de los dilemas antes mencionados, ¿puede ser una norma constitucional inconstitucional? Dejaremos esta cuestión argumentativa pendiente por el momento.

El segundo argumento esgrimido por la Suprema Corte considero sería desechado inmediatamente tanto por el garantismo y el principialismo. Me refiero al “poder reformador” como uno que se encuentra “por encima de los tres poderes y cualquier órgano público”. Ésta interpretación puede ser descalificada por su apelación a una noción mágica e insostenible racionalmente al buscar generar una personificación del poder en un ente metafísico. El texto constitucional, en su artículo 135 literalmente señala “Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados”²⁵¹. Analíticamente no se encuentra racionalmente una justificación para apelar a la personificación de un poder distinto a los tres poderes jurídicamente determinados por la Constitución. Queda claro que la materialización del poder (capacidad) de modificar el texto constitucional se personifica en los Congresos federal y local ante el cumplimiento de los requisitos señalados. Y en este punto, en defensa del principialismo ante una posible confusión, he de señalar que si se ha de señalar que éste invita a apelar a algún aspecto “metafísico” o no referente a hechos, es a la dimensión valorativa a partir de los derechos como principios, no a personas evidentemente inexistentes.

Ante esta primera aproximación de interpretación conceptual analítica, existen buenos elementos para señalar que pudo haber sido errónea la decisión rechazar la vía de la “acción de inconstitucionalidad”, independientemente de la revisión sustancial de los argumentos de quienes la presentaron sosteniendo que la reforma violaba su derecho a la libertad de expresión.

Ahora, los argumentos esgrimidos por el máximo tribunal para aceptar la revisión de inconstitucionalidad por vía del amparo fueron: que los actos del poder

²⁵¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

reformador constituyen actos de autoridad y, que una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos exigía implementar mecanismos de protección de derechos humanos sin importar qué poder las realice. Respecto del segundo, habría que más de una objeción, aunque todas recaerían en lo tautológico del argumento. Es cierto que el Estado Mexicano debe acatar las sentencias de la CIDH, pero cómo acate ésta es de suma importancia, sin importar que la resolución no especifique qué poder ha de realizarlo. En este sentido, creo que hay dos contrargumentos: el primero ¿no se supone que el amparo es en sí ya un mecanismo de protección de derechos humanos?, ¿qué necesidad tenía la Corte de argumentar que se le daba entrada a la acción como medida ad hoc si el juicio de amparo ya presupone ser un mecanismo regulado para la protección de derechos?

En relación al segundo argumento, obviando la grave objeción que he esgrimido contra el concepto de “poder reformador”, una reforma constitucional es por definición el resultado de un acto proveniente de una autoridad señalada como competente para ello, en tal sentido la acción es procedente *prima facie*, pero considerando que el hecho de su resultado se traduce en una norma constitucional, queda la cuestión de determinar si el punto sobre el que se resuelve es sobre la norma como resultado concreto, es decir la reforma, o contra el acto que genera ésta reforma. Esto último también nos presenta una diferencia más precisa –interna– respecto de la “acción de inconstitucionalidad” y el “amparo”, pues el primero procede contra normas mientras el segundo frente a actos de autoridad. Lo que conlleva más distinciones y subsecuentes cuestionamientos, y sendos aspectos se pueden resumir en la siguiente pregunta: ¿el amparo procede contra el acto en sí o contra su resultado?²⁵² Considero que la respuesta es que procede contra ambas en el punto en que el resultado se encuentra íntimamente ligado al resultado, pero también podría verse del siguiente modo: ampararse contra el acto significaría señalar un vicio en su fundamento, lo que significaría abuso de la autoridad y la consecuente violación de derechos de los ciudadanos destinatarios; mientras que ampararse contra el resultado de un

²⁵² GUASTINI, Riccardo, *Op. cit.*, pp. 31 – 32.

acto de autoridad; no obstante no existan vicios en su fundamento, significaría denunciar la irregularidad material entre un precepto constitucional sustantivo y los hechos desenvueltos en el mundo natural.

Una distinción como la efectuada entre los aspectos señalados podría generar importantes consecuencias y podría llegar a ser útil tanto doctrinalmente como para un modelo legislativo. En todo caso, para los efectos del tema en cuestión, es evidente que la demanda de amparo se refería a los resultados del acto, que se traducen en la existencia de una nueva norma constitucional, por lo que, conforme al artículo 1° de la Ley de Amparo anterior al año 2013, procedería la acción en cuanto ésta procede contra *leyes* que violen garantías individuales²⁵³. Siendo este el resultado, la pregunta persiste ¿puede ser una norma constitucional inconstitucional?

Concluyendo este apartado, no existen criterios puramente deductivos para determinar que eran definitivamente procedentes o improcedentes el amparo y la acción de inconstitucionalidad cuando la cuestión radica sobre la inconstitucionalidad de una norma que recientemente adquiere la cualidad de ser parte del texto constitucional. Se puede criticar las vías para haber tomado las decisiones. En el primero, la improcedencia de determinó por apelar a no invadir la competencia de un *poder* apersonado inexistente y, en este sentido, se puede reprochar la decisión de la Corte. En el segundo, aunque considero que el criterio que al que en verdad se le buscó dar peso para determinar la procedencia de la acción, me parece que *prima facie* era válido el argumento de tratarse de una ley que violaba un derecho. Pero, independientemente de estas consideraciones, creo que hemos encontrado el núcleo del asunto a resolver. ¿Mediante qué criterio podemos resolver si es posible que una norma constitucional sea a su vez inconstitucional?

Cabe señalar, antes de pasar al siguiente apartado, que para evitar la polémica que se presentó en el año 2007, en la Ley de Amparo que se publicó en

²⁵³ Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 Y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Abrogada el 2 de abril de 2013].

el Diario Oficial de la Federación el 2 de abril de 2013, en su artículo 61, fracción I, se determinó “El juicio de amparo es improcedente: [...] Contra adiciones o reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”²⁵⁴.

3.3 El acento en la racionalidad.

Efectivamente, no existe un criterio unívoco que señale cómo se resuelve este problema planteado. Y la cuestión no es menor, en el fondo, se trata de uno de los conflictos más complejos que se pueden encontrar en el derecho, un conflicto entre dos normas del mismo nivel y, en este caso, del más alto. ¿Qué aspecto resuelve la contradicción? ¿Existe un criterio racional o habrá aceptar la arbitrariedad del juez? ¿Qué teoría proporciona un mejor criterio normativo al respecto?

Visto desde una perspectiva analítica que bien podría ser aceptada por el positivismo dado su fuerte análisis semántico llegamos a la conclusión de que por ambas vías era posible dar entrada a la acción de una suerte de control de constitucionalidad tan sólo aceptando la posibilidad de que en las demandas de los actores existiese la legítima preocupación de que se les violase un derecho ante una reforma constitucional. Pero llegados a este punto, las teorías clásicas positivistas no nos proporcionarían ningún criterio para determinar cuál norma constitucional ha de sobrevivir en una decisión que sea, por así decirlo, más jurídica que su opuesta. Estas teorías, a lo mucho, dan cuenta del hecho de que, para el caso concreto, el juez decidirá con su voluntad sobre la validez e invalidez de sendas normas con referencia al caso concreto²⁵⁵. Sin embargo, pensando en el Estado Constitucional de Derecho que da primacía a los derechos como valores primordiales que sustentan en gran medida la legitimidad de un orden jurídico, semejante respuesta resulta insatisfactoria, así como lo resultaría la mera

²⁵⁴ Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 Y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Promulgada el 2 de abril de 2013].

²⁵⁵ KELSEN, Hans, *Lógica y derecho*, *Op. cit.*, pp. 55 – 57.

invocación del principio funcional *lex posteriori derogat priori*, puesto que lo que se cuestiona es justamente que la nueva norma viola un derecho.

En este punto, el principialismo y el garantismo se proponen como teorías normativas que dan cuenta del Estado Constitucional de Derecho y, como tal, ambas ponen de frente a los derechos. ¿Qué respuestas propondrían a este caso? Y ¿cuál respuesta sería más satisfactoria?

Una de las tesis que he defendido a lo largo de este trabajo es que el garantismo se muestra como una opción insatisfactoria ante estas cuestiones precisamente por su visión imbuida de los valores políticos, que los asume ya sopesados por el legislador, lo que sería valioso respetar en aras de la división de poderes. Esto significa que presenta a los valores como un aspecto constitutivo rígido que sostiene al sistema normativo, donde el juez no debe realizar ninguna valoración y, ante lagunas, habrá de denunciarlas y las antinomias resolverlas por criterios lógico-normativos basados en las categorías y jerarquías que la teoría ha planteado sobre los derechos. Pero, en este caso ¿qué derechos colisionan? La parte actora sostiene que lo que colisiona es su derecho de libertad de expresión constitucional previo a la reforma contra la reforma que redefinió el concepto de libertad de expresión, en este caso, limitándolo en sus alcances.

De nuevo es importante distinguir. Pareciera que el garantismo equipara derecho con norma, de modo que las contradicciones normativas se solucionan observando qué derechos sostiene cada una. En el caso presente, se argumenta una contradicción normativa respecto de la dimensión conceptual del derecho a la libertad de expresión, donde una norma reconoce el derecho y la otra lo limita. Desde la perspectiva garantista no habría conflicto, simplemente el mismo derecho fue delimitado a nivel constitucional. Sin embargo, parece plausible que dicha delimitación sea desproporcionada o ilegítima respecto del derecho, reduciéndolo a aspectos insostenibles; por ejemplo, de una reforma constitucional que prevea el control gubernamental de las publicaciones de prensa. Esto, desde la teoría jurídica del garantismo parecería no tener problema. Y, sin embargo, a

cualquier persona que se encuentre familiarizada con la idea e historia de los derechos humanos semejante medida le parecería aberrante.

¿En qué falló el garantismo? La respuesta se encuentra en su postura no cognoscitiva, escéptica de los valores, y consecuente delimitación a la razón deductiva que le impide dar cuenta de criterios necesarios para exponer el problema y que, sin embargo, no aparecen a simple vista como claros y consecuentes. Los criterios de los que se habla son los susodichos principios valorativos o propiamente dichos²⁵⁶, que como estándares no dicen gran cosa por sí mismos para determinar la solución adecuada. Y al respecto, la lógica deductiva no es suficiente pues no dice nada sobre cómo establecer las premisas ni cómo pasar de éstas a la conclusión²⁵⁷. En este sentido, el principialismo no sólo toma a los principios y a la lógica inductiva como elementos para resolver el problema, sino que, en su dimensión normativa, se centra en el problema de proteger el derecho en cuestión materialmente y no admite que bajo la teoría del Estado de Derecho Constitucional un derecho pueda ser violado tan burdamente por un acto legislativo que no tiene más control que la vigilancia de su adecuado procedimiento, y consecuentemente le da un peso fáctico al concepto de *coto vedado* como plano orientador sobre lo que se ha de resolver, tanto activa como pasivamente, y pone a los derechos al centro del debido razonamiento judicial.

Poner a los derechos al centro y verificar su cumplimiento material significa comprender la peculiaridad del caso a resolver y sopesar la adecuada conjugación de las pretensiones en juego cuando se comprende que detrás de éstas se encuentran derechos de los ciudadanos y, por ende, expectativas que han de ser salvaguardadas. Semejante dinámica está en la ponderación o balance, que comprende la metáfora de dos imágenes, una para equilibrar las expectativas, calibrando la balanza prudentemente para que sendos platos de ésta se equilibren y, la imagen subsecuente sobre el sentido de la decisión, donde sumando las

²⁵⁶ RUIZ MANERO, Juan, "Principios jurídicos", en GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco J. (eds.), *Op. cit.*, p. 152.

²⁵⁷ ATIENZA, Manuel, "Argumentación jurídica" en *Ídem.*, p. 232 – 233.

razones que se dan en favor de una y otra parte, se observa cómo la balanza se inclina con mayor peso – y qué tanto lo hace – de un lado respecto del otro, de modo que la inclinación será proporcional a las razones en favor que se han sumado a uno y otro plato, siendo imposible que exista una inclinación absoluta de un lado como si en el otro no existieran buenas consideraciones en lo absoluto²⁵⁸. Es justamente ésta la doctrina que ha permeado la dinámica de control constitucional de algunos Tribunales Constitucionales como el alemán, tomando a los derechos como el elemento constitutivo primordial al que hay que apelar para resolver casos controvertidos²⁵⁹.

Al respecto, como conclusión, considero importante destacar que el principialismo no aboga por sistemas jurídicos con una regulación escueta, descansando su confianza en la funcionalidad de los principios. En el mismo tenor, haciendo necesario aclarar que no es que el principialismo tenga excesiva confianza en los jueces y una alta desconfianza en el legislador democrático. Si esta teoría pone tanta atención en la función judicial es sólo por constatar el hecho de que en los sistemas jurídicos contemporáneos, como en el derecho en general, la determinación última del derecho y su aplicación recae en ésta. Desde mi particular punto de vista, considero que aun como teóricos, la desconfianza la debemos de tener en cualquiera de los poderes de gobierno por igual, incluso desconfiar de la intención democrática del legislador, estando bien conscientes de que en el mundo real los *arcana imperii* –como los denominaba Norberto Bobbio– o poder invisible²⁶⁰ se encuentra presente tanto en los curules del parlamento como en los pasillos de los tribunales. De manera, el aspecto normativo de las teorías principialistas, me parece, no necesariamente descansan en la confianza en los jueces como si creyeran que eso es lo que verdaderamente hacen todos los jueces. Estos teóricos no creo sean tan ingenuos, y están conscientes de que ahí donde se encuentra un alto grado de abstracción e indeterminación, los jueces

²⁵⁸ MENDONCA, Daniel, *Los derechos en juego*, Tecnos, Madrid, 2003. pp. 59 – 61.

²⁵⁹ Cfr. BACHOF, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, trad. de Leonardo Álvarez Álvarez, Palestra, Lima, 2010.

²⁶⁰ BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, *Op. cit.*, pp. 36 – 37.

tienen un amplio margen de acción discrecional. Lo que proponen estas teorías es cómo habría de ser una buena decisión judicial de determinación última del derecho aplicable a partir de la mejor interpretación conforme a principios, proporcionando así, criterios para el control de racionalidad de las decisiones judiciales.

Conscientes de semejantes problemas, creo que es posible afirmar que los sostenedores de las teorías principialistas estarían de acuerdo en avanzar también en una teoría de la legislación que funcione como guía para una adecuada regulación que reduzca los espacios de incertidumbre, reduciendo los espacios de discrecionalidad judicial, y que potencie la adecuada protección de los derechos. En este sentido, resulta interesante la propuesta de Roberto Gargarella para que el constitucionalismo contemporáneo retome el estudio de la parte orgánica de la constitución y los mecanismos de ésta tanto para el control del poder como para la adecuada regulación de los derechos de distinta índole²⁶¹. Sin embargo, aun cuando se emprendiera este camino y los sistemas jurídicos constitucionales comenzarán a preocuparse por reducir las incertidumbres, establecer mecanismos claros e incluso reducir la indeterminación del lenguaje normativo, no debemos nunca suponer que esto eliminará por completo la dimensión interpretativo del derecho y que se eliminará totalmente la incertidumbre, pues como señala el profesor Ricardo Guibourg: “aunque el legislador definiera los casos relevantes con el mayor rigor disponible, el uso del lenguaje natural dejaría abierto un campo indefinido para el debate acerca de los límites de cada caso tipo y de su aplicabilidad a una situación concreta”²⁶². Y, por ende, la teoría principialista, bajo los supuestos que hemos manejado, permanecerá vigente, simplemente se trata de reducir los espacios de indeterminación en la interpretación.

²⁶¹ GARGARELLA, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución*, Katz, Madrid, 2014. pp. 356 – 359.

²⁶² GUIBOURG, Ricardo A., “Bases teóricas de la informática jurídica”, en *Doxa*, N. 21, Vol. II, 1998. p. 198.

Conclusiones.

El derecho y su ciencia, desde sus inicios romanos, abarcó la dimensión práctica del fenómeno y observó la apelación a valores abstractos, los cuales se buscaba materializar mediante el razonamiento práctico que presentase la respuesta más adecuada al caso concreto. La evolución en la concepción del derecho y la erradicación teórica de su dimensión práctica obedeció a las prácticas racionalistas de codificación y la exaltación de la razón deductiva; la cual permanecería como prominente de la ciencia jurídica no obstante se denunciase la inevitable indeterminación del derecho en su plano legislativo, y ante la posibilidad epistémica de aceptar parámetros jurídicos como los de una razón natural.

El giro contemporáneo en la teoría jurídica y su consecuente evolución se presentó ante el énfasis que puso en las dimensiones interpretativas y argumentativas de la práctica jurídica, donde se demostró que los jueces solían apelar a ciertos aspectos de razonamiento moral propios del derecho en la resolución de los casos, particularmente de los difíciles. Ante este fenómeno, se avanza en la idea del derecho con una pretensión de corrección, con los valores incorporados en su ley máxima como parámetro de racionalidad interpretativa y argumentativa.

Aparejada a la explicación de la evolución en el concepto de derecho se encuentra la noción de constitucionalismo y su propia transformación a partir del concepto de constitución. La constitución, que pasa de ser un documento normativo que encuadra de manera precisa los derechos de los ciudadanos y delimita los poderes del gobierno garantizando que no se caiga en abusos, poco a poco comienza a desmitificar la doctrina que la generó para pasar a un concepto más denso. Lamentablemente, en el medio, con trágicos acontecimientos, en los que, desde el punto de vista jurídico, se podía observar una disociación entre la noción material de constitucionalismo y de constitución como norma suprema que

legítima el uso del poder. En este tenor, ante los hechos de la posguerra, comienza el camino de re-conceptualización del constitucionalismo y la constitución en aras de alcanzar una materialización en la protección de los derechos que les dan sustento. Estas exigencias suponen el inicio de la superación de ciertos formalismos para concretarse en la concepción sustantiva o fáctica de los conceptos; así por ejemplo, con la democracia, de la cual se exige ya no sólo un procedimiento sino ciertos resultados equitativos en la distribución de bienes y competencias. Las superaciones de los formalismos también han significado concebir una nueva relación de la política y el derecho, dejando atrás la explicación tradicional de los ámbitos de autonomía que se intersectaban, donde el poder daba lugar a la creación del derecho para que éste posteriormente regulara al poder de la política. La concepción contemporánea parece señalar una relación no tan autónoma, pudiéndose hablar de la política del derecho, donde éste ha de obedecer necesariamente a una política despersonalizada, y simbolizada en la voluntad abstracta de la protección y defensa de los derechos de los ciudadanos. Estos mismos fenómenos generan gran parte de las exigencias en el concepto del derecho. Donde, en lo particular se ha sostenido la incapacidad del positivismo y el garantismo para dar explicaciones adecuadas a éstos. El positivismo tradicional por no entrar al estudio de aspectos que consideraría ajenos al derecho, y el garantismo por mantener una visión anquilosada del Estado de Derecho fetichizando para sí la doctrina de la separación de poderes e ignorando tanto a la realidad como a los postulados del positivismo jurídico contemporáneo que aceptan que efectivamente, lo que el juez hace es normar, y es inevitable que lo haga, no puede simplemente ser “boca de la ley”.

Al respecto, el principialismo se presenta como una teoría adecuada del derecho y el Estado de Derecho Constitucional contemporáneo puesto que sí aborda los fenómenos políticos del segundo, da cuenta del inevitable fenómeno de *lege ferenda* por parte del juez y, propone una vía de razonamiento adecuada para el control de las decisiones de los jueces conforme a derechos. Asimismo, presenta una explicación de la evolución jurisprudencial del derecho.

En el plano práctico, hemos sacado a la luz algunos aspectos relevantes sobre la deficiencia legislativa y doctrinal del sistema jurídico mexicano. Más allá de ello, también se ha señalado que no son culpa de las concepciones principialistas los problemas de incertidumbre en la aplicación discrecional del derecho, sino simplemente de la pobreza doctrinal y analítica del sistema mexicano ante la deficiente legislación. A partir de ello, hemos continuado para hacer notar que el garantismo tampoco es una vía que permita resolver problemas complejos de constitucionalidad y protección de los derechos como cuando se encuentra una contradicción normativa sobre un mismo derecho.

En el punto final de la obra, defendiendo al principialismo, hemos demostrado que éste ofrece una verdadera respuesta a los casos difíciles, no una incontrovertible, pero sí con ciertos parámetros a partir que debe seguir un juez en la protección de los derechos. Por último, se han realizado algunas acotaciones conceptuales a las teorías principialistas, señalando que éstas no propugnan por un decisionismo judicial arbitrario, sino lo contrario, ciertos parámetros para el control de su racionalidad. En este tenor, que tampoco estas teoría confían en sistemas jurídicos con una regulación confusa y oscura, y que bien aceptarían que los sistemas jurídicos obedecieran a regulaciones más precisas que presentaran certidumbre en las decisiones judiciales y la protección efectiva de los derechos; lo cual, no obstante, no debe engañarnos para caer en la ilusión de que esto sería el fin del principialismo, pues los problemas del lenguaje natural se mantendrían siempre presentes para admitir un cierto campo de interpretación sobre el alcance de los caos tipo a resolver.

Bibliografía

- AGAMBEN, Giorgio, *Medios sin fin*, trad. de Antonio Gimeno Cuspinera, Pre-Textos, Valencia, 2010.
- AGUILÓ Regla, Josep, “Ambigüedades y pseudodilemas. Sobre “Garantismo espurio por ambición””, en SALAZAR UGARTE, Pedro, AGUILÓ REGLA, Josep y PRESNO LINERA, Miguel Ángel, *Garantismo espurio*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, México, 2011.
- ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, trad. Jorge M. Seña, Gedisa, Buenos Aires, 2008.
- ALEXY, Robert, “La doble naturaleza del derecho”, trad. de Jorge Alexander Portocarrero Quispe, en BERNAL PULIDO, Carlos, *La doble dimensión del derecho*, Palestra, Lima, 2011.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, trad. José Luis Calvo Martínez, Alianza Editorial, Madrid, 2012.
- ATIENZA, Manuel, “Argumentación jurídica” GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco J. (eds.), *El derecho y la justicia*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2000.
- ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.
- AUSTIN, John, *The province of jurisprudence determined*, Hackett Publishing, Cambridge, 1998.
- AUSTIN, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, trad. de Felipe González Vicén, Fontamara, México, 2011.
- BACHOF, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, trad. de Leonardo Álvarez Álvarez, Palestra, Lima, 2010.
- BANAKAR, Reza, “Sociological jurisprudence” en BANAKAR, Reza y TRAVERS, Max (eds.), *An introduction to law and social theory*, Hart Publishing, Portland, 2002.

BARBERIS, Mauro, *Estado, Derechos, interpretación*, trad. de Félix Morales, Palestra, Lima, 2013.

BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene*, 14ª ed., Feltrinelli, Milán, 2008.

BECCHI, Paolo, "German Legal Science: The Crisis of Natural Law Theory, the Historicisms, and 'Conceptual Jurisprudence'", en CANALE, Damiano, GROSSI, Paolo y HOFMANN, Hasso (eds.) *A treatise of legal philosophy and general jurisprudence*, Vol. 9, *A history of the philosophy of law in the civil law world, 1600–1900*, Springer, Dordrecht, 2009.

BERNAL PULIDO, Carlos, *El neoconstitucionalismo a debate*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

BIX, Brian H., *Filosofía del derecho*, trad. de Imer B. Flores, Rodrigo Ortiz Totoricagüeña y Juan Vega Gómez, IJ-UNAM, México, 2010.

BIX, Brian H., *Teoría del derecho: ambición y límites*, trad. de Pablo E. Navarro, Erica Frontini, Laura Manrique, Hernán Bouvier, Paula Gaido, Rodrigo Sánchez Brígido, Guillermo Lariguet y Hugo Seleme, Marcial Pons, Madrid, 2006.

BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, 3ª ed., trad. de José F. Fernández Santillán, FCE, México, 2012.

BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Fonatamra, México, 2009.

BOBBIO, Norberto, *Teoría general de la política*, 3ª ed., trad. de Antonio Cabo de la Vega, Gerardo Pisarello Prados, José Fernández Santillán, Alfonso Ruiz Miguel, Alexéi Julio Estrada, Miguel Carbonell, Magdalena Lorenzo, Pepa Linares, Marcos Criado y Carmen Revilla Durán, Trotta, Madrid, 2009.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. de Rafael de Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000.

- BODENHEIMER, Edgar, *Teoría del derecho*, 2ª ed., trad. de Vicente Herrero, FCE, México, 2010.
- BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- BOVERO, Michelangelo, *Contro il governo dei peggiori*, Laterza, Roma-Bari, 2000.
- BRETONE, Mario, *Diritto romano es coscienza moderna*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- BYRD, Sharon, "Kant's Theory of Contract", en TIMMONS, Mark (ed.), *Kant's Metaphysics of morals*, Oxford University Press, Nueva York, 2004.
- CALHOUN, George M., "Greek Law and Modern Jurisprudence", *California Law Review*, N° 5, vol. 11, 1923.
- CAPELLA, Juan Ramón, *Fruta prohibida*, Trotta, Madrid, 2008.
- COMANDUCCI, Paolo, *Democracia, derechos e interpretación jurídica*, ARA Editores, Lima, 2010.
- DERRIDA, Jacques, "Fuerza de ley: El «Fundamento místico de la autoridad»", trad. de A. Barberá y A. Peñalver, *Doxa*, N° 11, 1992.
- DÍAZ, Elías, "Estado de derecho y legitimidad democrática" en DÍAZ, Elías y COLOMER, José Luis (eds.), *Estado, justicia y derechos*, Alianza, Madrid, 2002.
- DÍAZ, Elías, *Sociología y filosofía del derecho*, 2ª ed., Taurus, Madrid, 1980.
- DICKSON, Julie, *Evaluación en la teoría del derecho*, trad. de Juan Vega Gómez, IIJ-UNAM, México, 2006.
- DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, trad. de Claudia Ferrari, Gedisa, Barcelona, 2008.

DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, trad. de María Iglesias Vila e Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Marcial Pons, Madrid, 2007.

DWORKIN, Ronald, “¿Realmente no hay respuestas correctas en los casos difíciles?”, trad. de Maribel Narváez Mora, en CASANOVAS, Pompeu y MORESO, José Juan (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 2000.

DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1978.

ENGISCH, Karl, *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, 2014.

ESTÉVEZ, Adriana y VÁZQUEZ, Daniel (coords.), *Los derechos humanos en las ciencias sociales*, FLACSO-UNAM/CISAN, México, 2010.

ETCHEVERRY, Juan B., *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*, IJ-UNAM, México, 2006.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1995.

FERRAJOLI, Luigi, “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho” en DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (eds.) *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4ª ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Antonio de Cabo, Miguel Carbonell, Lorenzo Córdova, Marcos Criado y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2009.

FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris*, vol. II, trad. de Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2011.

FERRAJOLI, Luigi y RUIZ MANERO, Juan, “Un diálogo sobre principios constitucionales”, *Doxa*, N° 34, 2011.

FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución*, trad. de Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2011.

FIORAVANTI, Maurizio, “Constitutionalism” en CANALE, Damiano, GROSSI, Paolo y HOFMANN, Hasso (eds.), *A treatise of legal philosophy and general jurisprudence*, Vol. 9, *A history of the philosophy of law in the civil law world, 1600–1900*, Springer, Dordrecht, 2009.

FLORIS MARGADANT, Guillermo, *La segunda vida del derecho romano*, Miguel Ángel Porrúa, México, 1986.

FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, trad. Enrique Lynch, Gedisa, Buenos Aires, 2013.

GALLI, Carlo, *El malestar de la democracia*, trad. de María Julia De Ruschi, FCE, México, 2013.

GARCÍA AMADO, Juan A., “Derechos y pretextos. Elementos de crítica al neoconstitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta-IIJ UNAM, Madrid, 2007.

GARGARELLA, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución*, Katz, Madrid, 2014.

GIANFORMAGGIO, Letizia, *Estudios sobre Kelsen*, trad. de Tomás Serrano Coronado, Pablo Larrañaga y Paolo Comanducci, Fontamara, México, 2002.

GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, trad. de Silvina Álvarez Medina, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

GUIBOURG, Ricardo A., “Bases teóricas de la informática jurídica”, en *Doxa*, N. 21, Vol. II, 1998.

HART, H. L. A., *Derecho, libertad y moralidad*, trad. de Miguel Ángel Ramiro Áviles, Dykinson, Madrid, 2006.

- HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, 3ª ed., trad. de Genaro R. Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.
- HART, H. L. A., *Essays on Bentham*, Oxford University Press, 2001.
- HART, H. L. A., *Essays in jurisprudence and philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983.
- HART, H. L. A., "Positivism and the separation of law and morals", *Harvard Law Review*, Cambridge, No. 4, Volumen 71, febrero de 1958.
- HART, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, IIJ-UNAM, México, 2000.
- HERNÁNDEZ MARCOS, Maximiliano, "Conceptual Aspects of Legal Enlightenment in Europe" en CANALE, Damiano, GROSSI, Paolo y HOFMANN, Hasso (eds.), *A treatise of legal philosophy and general jurisprudence*, Vol. 9, *A history of the philosophy of law in the civil law world, 1600–1900*, Springer, Dordrecht, 2009.
- IGLESIAS, Juan, *Miniaturas histórico-jurídicas*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 2003.
- JAEGER, Werner W, *Paideia*, 2ª ed., trad. de Joaquín Xirau y Wenceslao Roces, FCE, México, 2007.
- JHERING, Rudolf von, *El espíritu del derecho romano*, vol. 1., trad. de Enrique Príncipe y Satorres, OUP, México, 2001.
- KASER, Max, *En torno al método de los juristas romanos*, trad. de Juan Miquel, Coyoacán, México, 2013.
- KELSEN, Hans, "La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica" trad. de Eduardo Coghlan en CASANOVAS, Pompeu y MORESO, José Juan (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 2000.
- KELSEN, Hans, *Lógica y derecho*, trad. de Ulises Schmill Ordóñez y Jorge Castro Valle, Coyoacán, México, 2012.

- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho* [primera edición de 1934], trad. de Gregorio Robles y Félix F. Sánchez, Trotta, Madrid, 2011.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho* [segunda edición de 1960], 16ª ed., trad. de Roberto J. Vernengo, Porrúa, México, 2011.
- LAPORTA, Francisco, *Entre el derecho y la moral*, Fontamara, México, 2007.
- LASK, Emil, *Filosofía del derecho*, trad. de Roberto Goldschmidt, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2008.
- LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad*, trad. de Javier Torres Nafarrate, Universidad Iberoamericana, México, 2002.
- LUZZATI, Claudio, *La política de la legalidad*, trad. de Federico José Arena y Magdalena Ana Rosso, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- MENDONCA, Daniel, *Los derechos en juego*, Tecnos, Madrid, 2003.
- NAVARRO, Pablo y RODRÍGUEZ, Jorge, “Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas, *Isonomía*, N° 13, 2000.
- NINO, Carlos S., *Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica*, Fontamara, México, 2007.
- NINO, Carlos S., *Derecho, moral y política*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2014.
- NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2007.
- NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2007.
- NINO, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. de Roberto P. Saba, Gedisa, Barcelona, 2003.
- NINO, Carlos S., *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2012.

- PÉREZ PERDOMO, Rogelio, "Sociología del derecho" en GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco J. (eds.), *El derecho y la justicia*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2000.
- PLATÓN, *República*, trad. de Rosa Ma. Sánchez-Elvira, Salvador Mas Torres y Fernando García Romero, Akal, Madrid, 2009.
- POSTEMA, Gerald J., *A treatise of legal philosophy and general jurisprudence*, Vol. 11, *Legal philosophy in the twentieth century: the common law world*, Springer, Dordrecht, 2011.
- POZZOLO, Susana, "Notas al margen para una historia del neocosntitucionalismo" trad. de Mar Fernández Pérez, en POZZOLO, Susana (ed.), *Neoconstitucionalismo, derecho y derechos*, Palestra, Lima, 2011.
- POZZOLO, Susana, "Neocosntitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", trad. de Josep M. Vilajosana, en *Doxa*, N° 21, vol. II, 1998.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Apuntes de teoría del derecho*, Trotta, Madrid, 2005.
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, 2ª ed., trad. de María Dolores González, FCE, México, 2001.
- RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, Coyoacán, México, 2011.
- RAZ, Joseph, *La ética en el ámbito público*, trad. de María Luz Melon, Gedisa, Barcelona, 2001.
- RAZ, Joseph, "Two views of the nature of the theory of law: a partial comparison" en COLEMAN, Jules, *Hart's postscript*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, Coyoacán, México, 2007.

- RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María., *Historia del pensamiento jurídico*, vol. II, Siglos XIX y XX, 8ª ed., Universidad Complutense, Madrid, 1997.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, trad. de Everardo Velarde, Coyoacán, México, 2004.
- RUIZ MANERO, Juan, “Principios jurídicos”, en GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco J. (eds.), *El derecho y la justicia*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2000.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, “Dos versiones de garantismo espurio en la jurisprudencia mexicana” en SALAZAR UGARTE, Pedro, AGUILÓ REGLA, Josep y PRESNO LINERA, Miguel Ángel, *Garantismo espurio*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, México, 2011.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional*, FCE/IIJ-UNAM, México, 2006.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, “Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente” en VÁZQUEZ, Rodolfo (ed.), *Normas, razones y derechos*, Trotta, Madrid, 2011.
- SALDAÑA, Javier, “El derecho natural y sus dimensiones actuales”, en VÁZQUEZ, Rodolfo (ed.), *Normas, razones y derechos*, Trotta, Madrid, 2011.
- SALMERÓN, Fernando, “Sobre Moral y derecho. Apuntes para la historia de la controversia Hart-Dworkin”, en VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Derecho y moral*, Gedisa, Barcelona, 2003.
- SCHIAVONE, Aldo, *Ius*, trad. de Germán Prósperi, Adriana Hidalgo editora, Buenos Aires, 2009.
- SCHULZ, Fritz, *Principles of roman law*, trad. de Marguerite Wolff, Oxford University Press, Oxford, 1936.
- SHAPIRO, Scott, “El debate ‘Hart-Dworkin’: una breve guía para perplejos” trad. de Mariano C. Malero de la Torre, en MALERO DE LA TORRE, Mariano C. (ed.), *Dworkin y sus críticos*, Tirant Lo Blanch, México, 2012.

- SHKLAR, Judith N., *Legalism*, Harvard University Press, Cambridge, 1964.
- STAMMLER, Rudolf, *Tratado de filosofía del derecho*, trad. de Wenceslao Roces, Coyoacán, México, 2008.
- STEIN, Peter G., “The roman jurists’ conception of law”, en PADOVANI, Andrea y STEIN, Peter G. (eds.), *A Treatise of legal philosophy and general jurisprudence*, Vol. 7, *The jurists philosophy of law from Rome to the seventeenth century*, Springer, Dordrecht, 2007.
- STEIN, Peter G., *Roman law in european history*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Introducción analítica al estudio del derecho*, 2ª ed., Themis, México, 2011.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Juris prudentia: more geometrico*, Fontamara, México, 2013.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica*, 2ª ed., IJ-UNAM, México, 2013.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho*, Fontamara, México, 2011.
- TREVES, Renato, *Introducción a la sociología del derecho*, trad. de Manuel Atienza, Taurus, Madrid, 1978.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del estado*, vol. I, 15ª ed., Alianza, Madrid, 2010.
- UNGER, Roberto M., *The critical legal studies movement*, Harvard University Press, Cambridge, 1986.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, “Justicia constitucional, derechos humanos y argumento contramayoritario” en VÁZQUEZ, Rodolfo (ed.), *Normas, razones y derechos*, Trotta, Madrid, 2011.

- VEGA, Juan, “La postura metodológica de Dworkin: Lo «interesante» de la crítica” en VÁZQUEZ, Rodolfo (ed.), *Normas, razones y derechos*, Trotta, Madrid, 2011.
- VERDROSS, Alfred, *La filosofía del derecho en el mundo occidental*, 2ª ed., trad. de Mario de la Cueva, UNAM, México, 1983.
- VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, 2ª ed. trad. de Luis Díez-Picazo, ed. Thompson-Civitas, Pamplona, 2007.
- VIGO, Rodolfo L., *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008.
- VLEESCHAUWER, Herman Jean de, “Kant”, en BELANVAL, Yvon (ed.), *La filosofía alemana de Leibniz a Hegel*, trad. de Artola Barrenchea, José María, García Junceda, José Antonio, Gómez Romero Isidro, Sanz Guijaro, Joaquín y Velasco Martínez, Pablo, Siglo XXI, México, 2011.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, trad. de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría, Fontamara, México, 2008.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, 9ª ed., trad. de Marina Gascón, Trotta, Madrid, 2009.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *La ley y su justicia*, trad. de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2014.
- ZAMBONI, Mauro, *The policy of law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2007.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 Y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Abrogada el 2 de abril de 2013].

Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 Y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Promulgada el 2 de abril de 2013].